





الحوالة

بحث أعدّه بالاشتراك:
خبراء الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة
عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م)

العلّامة الفقيه الدّكتور مصطفى أحمد الزّرقا رحمه الله (ت/ ١٤٢٠هـ)
الدّكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة
الدّكتور جمال عطيّة

الإصدار الثامن عشر




بسم الله الرحمن الرحيم


الذكرى الخمسون لإستقلال دولة الكويت 1961-2011
20 عاماً على تحرير دولة الكويت 1991 - 2011
5 أعوام على تولي حضرة صاحب السمو أمير البلاد مقاليد الحكم


الحوالة



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

أسست عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م

الوعي الإسلامي
AL-Waei AL-islami
مجلة كويتية شهرية جامعة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الإصدار الثامن عشر
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م

الموقع على الإنترنت	www.alwaei.com
البريد الإلكتروني	info@alwaei.com

العنوان
ص.ب ٢٣٦٦٧ الصفاة ١٣٠٩٧ - الكويت
هاتف: ٢٢٤٦٧١٣٢ - ٢٢٤٧٠١٥٦ - ١٨٤٤٠٤٤ - فاكس: ٢٢٤٧٣٧٠٩

الاشراف العام
رئيس التحرير
فيصل يوسف أحمد العلي

تصـــديـــر

بقلم رئيس تحرير مجلة الوعي «الإسلامي»

الحمد لله الذي منَّ علينا بالإيمان والإسلام، وتفضل علينا ببيان الشرائع والأحكام، وأحلّ الحلال وبيَّن الحرام، نحمده على ما أفاض علينا من الإنعام، ونشهد أن محمدًا عبده ورسوله سيد الأنام، اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه السادة الأعلام.

أما بعد: فإن التفقه في الدين من أفضل القرب وأجل الطاعات، وأول ما تنصرف إليه همم أولي الرغبات معرفة الحلال والحرام، فالفقه الإسلامي طوى في دواوينه المطبوعة والمخطوطة باكورة خالصةً من أعمال الأئمة الفقهاء، وجمع بين دفات الكتب حُصالة فهم الفقهاء لنصوص الكتاب والسنة، وما أجمعَتْ عليه الأمة.

ومن المعلوم أن فقه المعاملات المالية من أخطر الأبواب وعورة، وأشدِّها ممارسة، لذلك كان من المهم جدًا أن يستَقلَّ فيها بمؤلفات وافية، حاوية للمنقول عن المذاهب المتبوعة، مشفوعة بالآراء المتأخِّرة والمعاصرة.

وهذا الكتاب الذي نُصدره اليوم «بحث الحوالة» من أَرْصنِ البحوث المعاصرة في باب خطير من الأبواب الفقهية، كتبه جهابذة في الفن، وخبراء في المقارنة بين الشريعة والقانون، حرصوا فيه على الدقة في النقل، والأمانة في التصوير، والنزاهة والورع في الأحكام.

ومن أهم ما يميز هذا البحث تفصيلُه الممتع المفيد في ماهية الحوالة،

وطبيعتها، وخلاف الأئمة الفقهاء في شتى تفاصيلها وجزئياتها، إضافة إلى ترجيح وتقويم في بعض المسائل، من باب زيادة الفهم والإيضاح، ولا يمكن لقارئ البحث بعد أن ينتهي منه إلا أن يثور إعجابه بأقلام السادة المعدّين للبحث ومراجعته، وهم أصحاب الفضيلة خبراء الموسوعة الفقهية الكويتية عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م):

العلامة الفقيه الدكتور مصطفى أحمد الزرقا -رحمه الله- (ت/ ١٤٢٠هـ).

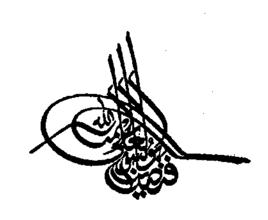
الدكتور إبراهيم عبدالحميد إبراهيم سلامة.

الدكتور جمال عطية.

وفي الختام، هذا إصدار جديد، تنال مجلة «الوعي الإسلامي» شرف طباعته وإخراجه للناس كافة، وللمهتمين بالفقه المالي على وجه الخصوص، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

رئيس التحرير

فيصل يوسف العلي



مقدمة بحث الحوالة

لو طلب مني أن أسمي بحثًا فقهيًا معاصرًا يصلح نموذجًا ومثلاً يحتذى، لما رأيت خيرًا من بحث الحوالة الذي صدر مفردًا في طبعة تمهيدية عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م) في المرحلة الأولى من مشروع الموسوعة الفقهية - ذلك المشروع العظيم الذي نهضت به وزارة الأوقاف الكويتية.

وهذا الإصدار الثاني للبحث هو خدمة علمية للعلماء في فقه المعاملات، وخدمة عملية للصناعة المالية الإسلامية، حيث جمع هذا البحث من المزايا ما يندر أن يجتمع في بحث واحد.

فموضوع الحوالة في الفقه الإسلامي صعب عميق الغور، اختلفت في تفاصيله المذاهب الفقهية اختلافًا كبيرًا، مما يجعل إفراده ببحث متكامل مقارن أمرًا مفيدًا جدًا علميًا وتطبيقيًا للمهتمين بالمعاملات المالية الإسلامية والتشريعات التجارية وبالفقه عمومًا.

لقد أُريدَ لهذا البحث حينما صدر قبل أربعين عامًا في طبعة تمهيدية أن يكون نموذجًا مثاليًا - كما جاء في تقديمه، لذلك أضيف إلى الجهد العظيم لكاتبه الفقيه المتميز جهود علمية استثنائية كبيرة من جهاز الموسوعة حينذاك (انظر التوطئة ص ٧-٩ وص ٢٥٧)، شملت:

أ- وضع مخطط تفصيلي يتلاءم مع المفاهيم القانونية الحديثة من ناحية، ومع الفقه من ناحية أخرى، ثم إفراغ المادة المكتوبة تحت هذا المخطط.

ب- إضافة مقدمة تاريخية عن الحوالة.

ج- إضافة ثلاثة ملاحق بلغت نحو أربعين صفحة: أولها شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها. وثانيها: بعض المعاملات المالية المعاصرة ذات الصلة بالحوالة (كالتحويلات المصرفية والسفتجة القانونية أو الكمبيالة، وتظهير أوراق البضائع، والخصم، والاعتماد المستندي وسواها) وثالثها: صياغة أهم أحكام الحوالة في مواد مقننة تصلح لقانون معاصر، مع اعتماد حكم معين في كل مسألة، اختارته إدارة الموسوعة من بين الآراء المختلفة.

د- تعليقات فقهية دقيقة كتبها خبير الموسوعة وضعت في حواشي البحث.

وهكذا نرى أن هذا البحث لم يقتصر على العرض الدقيق المقارن للفقه الموروث في هذا الموضوع - وهو الأساس المتبع في سائر موضوعات الموسوعة، بل وصل الماضي بالحاضر واستشرف المستقبل، فجمع بين الأصالة والمعاصرة أحسن جمع.

ومن المهم علميًّا للقارئ أن يعرف المشاركين في إعداد هذا البحث:

كاتب البحث هو الدكتور إبراهيم عبدالحميد (اسمه الكامل إبراهيم عبدالحميد إبراهيم سلامة) وكان حينذاك عضوًا في هيئة تحرير الموسوعة، وصفه الشيخ مصطفى الزرقا بالفقيه الفحل (ص ٢٥٧).

والأعمال (أ)، (ب)، (ج) المبينة آنفًا قام بها القانوني المتميز الدكتور جمال عطية، الأمين العام للموسوعة حينذاك.

والتعليقات الفقهية (د) بقلم خبير الموسوعة حينئذ الشيخ مصطفى أحمد

الزرقا الذي كان يدقق كل ما سبق. وكان الشيخ عبدالستار أبو غدة (الدكتور فيما بعد) هو الساعد الأيمن للشيخ مصطفى الزرقا.

ومع أن الموسوعة الفقهية في مرحلتها الثانية اكتمل نشرها الآن بفضل الله عز وجل، وتشمل بحثًا ضافيًا عن الحوالة من سبعين صفحة، فإنه لا يغني عن البحث الحاضر الأوسع الذي يناهز ٢٧٠ صفحة، والذي كتب وفق خطة الموسوعة في مرحلتها الأولى، ويشمل ما ذكرنا من إضافات مهمة معاصرة.

كتبه

أ.د. محمد أنس بن مصطفى الزرقا

كبير المستشارين - شركة شورى للاستشارات الشرعية - الكويت

الكويت

٥/ ٤/ ١٤٣٢هـ الموافق ١٠/ ٣/ ٢٠١١م

بريد العمل: azaka@shura.com

البريد الشخصي: anazarka@gmail.com



الاصطلاحات والرموز

١ – « المذاهب الأربعة » يراد بها : الحنفى ، والمالكى ، والشافعى ، والحنبلى .

٢ – « المذاهب الثلاثة » يراد بها : المالكى ، والشافعى ، والحنبلى .

٣ – « المذاهب الأربعة الأخرى » يراد بها : الزيدى ، والشيعى الإمامى ، والإباضى ، والظاهرى .

٤ – إذا ذكر حكم غيرمعزو لمذهب ، وغير مصرح بأنه متفق عليه فالمراد أنه حكم المذهب الحنفى .

٥ – حرف الراء بعدها نقطتان في العزو هكذا (ر :) هو فعل أمر من الرؤية ، بمعنى : انظر .

٦ – الرقمان بينهما خط مائل بعد اسم كتاب في العزو هكذا ٣ / ٢٤ يكون الرقم الأول للجزء ، والثانى للصفحة . وفي العزو الى صفحات أو فقرات عديدة متتالية يكتفى بذكر الرقمين الأول والأخير مع خط أفقي بينهما للدلالة على أن مابين الرقمين من صفحات أو فقرات مشمول بالعزو .

٧ – حين يتكرر العزو إلى كتاب ويذكر معه كلمة (أيضاً) فالمقصود المكان نفسه السابق الذكر من ذلك الكتاب .

٨ – [...] يوضع بين القوسين المعقوفين ماهو بحث استنبطه الكاتب من النصوص الفقهية ، فلاهو فقه منقول برمته ، ولا هو رأي شخصي بَحْت ليوضع في الحاشية .

٩ – حرف الفاء المتلو بخط مائل ورقم هكذا ف / ٢٧ في الإحالة والعزو هو رمز إلى الفقرة ذات الرقم المذكور .

مثال على كل ما تقدم من الرموز : (ر : ف / ١٥ والبدائع ٣ / ٢٤ – ٢٩) .
أى : انظر الفقرة / ١٥ من هذا الموضوع ، والصفحات من ٢٤ حتّى ٢٩ من الجزء ٣ من كتاب البدائع .

ملاحظة :

يُرى في هذه الطبعة التمهيدية إحالاتٌ في أحد الموضوعات على بعض موضوعات أخرى ، دون تحديد رقم الفقرة من الموضوع المحال عليه ، بل يوضع في محل رقم الفقرة المحال عليها نُقَط وسبب ذلك كونُ الموضوع المحال عليه لم تتم كتابته بعدُ ، فلا يمكن تحديد رقم الفقرة المحال إليها .



توطئة

موضوع الحوالة – الذى نقدمه اليوم نموذجاً ثالثاً من النماذج التى نعرضها عن أعمال الموسوعة الفقهية في هذه الطبعة التمهيدية – له طبيعة خاصة كان لها أثرها عند كتابة هذا الموضوع ، وعند مراجعته وإعداده للنشر . وتتمثل هذه الطبيعة في الخلاف الجذرى بين المذاهب الفقهية ، بل وفي داخل المذهب الواحد ، على عدة أمور جوهرية في الحوالة ، أهمها اختلافهم في طبيعة الحوالة هل هي بيع للدين أو عقد مستقل آخر ؟ ثم تجويز الحنفية للحوالة المطلقة بخلاف غيرهم ممن لم يجيزوا الحوالة إلا مقيّدةً بدَين في ذمة المحال عليه تُقضَى منه . وكذلك اختلاف الحنفية مع غيرهم في رجوع المحال على المحيل في حالة التوَى (أى امتناع تحصيل دَين الحوالة من المحال عليه لأسباب معينة) ، إلى غير ذلك من الخلافات الجوهرية في طبيعة الحوالة ، مما أدّى إلى خلاف طويل في تعريفها أيضاً مما يُرى مفصّلاً في هذا الموضوع .

وقد ترتب على وجود هذه الخلافات الجذرية تشعب الموضوع ، وكثرة مسائله ، وتعقيد البحث فيه ، وصعوبة عرض الوجوهِ المختلفة في المسألة الواحـــدة والأدلةِ التى يستند إليهـــا كل فريق لتأييـــد رأيه .

يضاف إلى هذا أن تصنيف الخلافات ومناقشة أدلتها كثيراً ما اضطُرّ معـــه الأستاذ كاتب الموضوع – خلافاً للأصل في خطة الموسوعة – إلى إبداء رأيه الشخصى في بعض القضايا وفي بعض الحجج التى يسوقها بعض الفقهاء .

ولا شك أن هذا وذاك قد أثرى به الموضوع إثراءً كبيراً في الآراء والمناقشات القيمـــة المفيدة ، ولكن – من جهة أخرى – كان لا بُدّ ، لأجل توفيقه مع خطة الموسوعة ، من علاجٍ بطريقين :

أولاً) – بوضع مخطط تفصيلي واضح يتلاءم مع المفاهيم القانونية الحديثة من ناحية ، ومسح الموضوعات المنقولة عن كتب الفقه من ناحية أخرى ، وقد تَمّ هذا وأفرغت المـــادة المكتوبة تحت مقاسم هذا المخطط ، بما يُسهّل للباحث الوصول مباشرة إلى المسألة التى يريد معرفة آراء المذاهب فيها .

ثانياً) – بفصل الآراء الشخصية للأستاذ كاتب الموضوع عن أصل الفقه المنقول ، وقد تم ذلك أيضا على شكلين :

فما كان من آراء الأستاذ الكاتب مستنبطاً استنباطاً من نصوص الفقهاء ، ويمكن أن تُفهم من كلامهم – وإن لم يصرحوا بها – ويقتصر بذلك دَور الاستاذ الكاتب فيها على استنتاجها من قواعد

مقررة ، أو من مفاهيم بعض النصوص أبقيت في المتن ولكنها وضعت بين قوسين معقوفين هكذا [ ] لتمييزها عن الآراء المنقولة عن الفقهاء .

أما الآراء الشخصية البحتة للأستاذ كاتب الموضوع فقد وضعت في الحاشية ، وفقاً لخطة الموسوعة في ذلك .

كما وضعت في الحاشية كذلك تعليقات خبير الموسوعة مميزة عن آراء كاتب الموضوع بأن تبدأ بعبارة « أقول » وتختم بعبارة « خبير الموسوعة » .

وكان مبحث تعريف الحوالة وما يشمله من خلافات وإيرادات موضع نظر من حيث مكانه في المخطط بسبب التوسع والتشعب الذى فيه مما يتطلب إلماما مسبقاً بأحكام الحوالة وقد يفاجأ به القارئ في أول الموضوع قبل أن يلم بمقومات الحوالة وأحكامها . وكان الاتجاه إلى تأخير هذا المبحث ليكون مبحثاً ختامياً في آخر الموضوع ، وهو ترتيب يُلجأ اليه في مثل هذه الظروف ، ثم رُئي الإبقاء على الترتيب التقليدى حتى لا يثير تأخير هذا المبحث استغراب بعض القراء .

كما أثيرت فكرة إضافة مبحث عن مقارنة الحوالة بالكفالة وبالوكالة في القبض ، ثم عدل عنها بسبب كثرة الخلافات المذهبية في الحوالة بل وفي الكفالة كذلك مما يتشوش معه فكر القارئ ، فإن هدف المقارنة توضيح الفروق والأشباه لا زيادة التشعب والتعقيد .

وكانت السفتجة وما فيها من آراء الفقهاء مذكورة في مبحث صيغة الحوالة على أساس أنها حوالة بطريق الكتابة . ولكن في أثناء المراجعة الأخيرة للموضوع لوحظ أن السفتجة كما يُعرّفها فقهاء الشريعة تارةً تكون قرضاً محضاً ، وتارةً تتوافر فيها عناصر الحوالة ، فترجّح عندنا أن تُفصل عن صلب الموضوع ، وتُجعل خاتمة لبحوثه كلها ، بعد تجديد تحريرها وعرض فكرتها ومنشئها وصورها الفقهية بشكل أوسع ، ليكون ما يُنقل من كلام الفقهاء فيها متمشياً مع جميع صورها وأشكالها . نظراً لما للسفتجة من شأن وأهمية عملية تغني عن نقل النقود بين البلاد في الماضي والحاضر .

هذا ، وقد أضيف في إدارة الموسوعة على الموضوع الإضافات التالية :

١) — مقدمة للموضوع تعرض لمحة تاريخية تضع الحوالة بأحكامها الشرعية في مكانها التاريخى من تطور القوانين الوضعية في هذا السبيل ، وتوضح سبق الشريعة الإسلامية وتأثيرها في القوانين الغربية الوضعية .

٢) — ثلاثة ملحقات تعرض الإدارة فيها ما يلي :

أ) — شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية ، والرد عليها .

ب) — بعض معاملات تجارية معاصرة ذات صلة بالحوالة .

ج) — صياغة الأحكام الأساسية في الحوالة في موادّ مقنّنة (على غرار المجلة ومرشد الحيران) ولكنها مستمدة من أصلح المذاهب المعروضة في الموضـــوع (في نظرنـــا) .

وقُدّم لكل من هذه الملحقات بمقدمـــة توضح فكرتـــه والداعى إليه .

ونرجو أن يتفضل الأساتذة ذوو الاختصاص — وهم المعنيون أصلاً بهذه الطبعة التمهيدية — بالنظر في هذا الموضوع ، الذى جمع إلى ما سبق بيانه من خصائص ، أنّه أول موضوع في المعامــلات يقدم في الطبعة التمهيدية ، وستكون ملاحظات الأساتذة موضع التقدير والاستفادة بإذن اللـــــه .



مخطّط الموضوع



مخطّط الموضوع

الفقــرة

مباحث تمهيدية

المبحث الاول

المبحث الثاني

(أولاً)

(ثانيــاً)

(ثالثــاً)

(رابعــاً)

(خامساً)

(سادساً)

المبحث الثالث

الفقـرة

المطلب الاول

المطلب الثانى

المبحث الرابع

(أولاً)

(ثانيــاً)

(ثالثــاً)

الفصل الأول

الفرع الاول

بيان كل من مقومات الحوالة ، وشرائط انعقادها تفصيلا

المبحث الاول

الفقـرة

المطلب الاول

المطلب الثانى

(أولا)

(ثانيــا)

(ثالثـا)

المطلب الثالث

المطلب الرابع

المبحث الثاني

المطلب الاول

(أولا)

الفقـرة

المطلب الثالث

المطلب الرابع

المطلب الخامس

المطلب السادس

المطلب السابع

المطلب الثامن

المطلب التاسع

الفصل الثانى

ا ثار الحوالة أوأحكامها المتر تبة على عقدها

الفرع الاول

لزوم الحوالة والشروط اللاحقــة

المبحث الاول

المبحث الثاني

الفرع الثاني

أحكام الحوالــة

المبحث الاول

المطلب الثانى

المبحث الثاني

المطلب الاول

الفقــرة

الفقـرة

الملاحــق

الملحق الاول

الملحق الثاني

الملحق الثالث

ملاحظة



الحـوالـة



مباحث تمهيدية

المبحث الأول

لمحة تاريخية

١ - لم يعرف القانون الروماني فكرةَ انتقال الحقوق والالتزامات بين الأحياء [١] إذ كانت الفكرة القديمة السائدة : هي أن الالتزام رابطة شخصية ما بين دائن ومدين ، بل إن هذه الرابطة الحقوقية في الفكر الروماني بلغت حَدَّ السلطة الشخصية المطلقة للدائن على المدين حتى إنها في شرعهم القديم كانت تبيح للدائن استرقاقَ المدين العاجز عن الوفاء أو قتلَه .

فالرابطة الحقوقية عندهم في الدَّين ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لم يكونوا يتصورون أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحلَّ ، ولذلك لم يكن ممكناً ، إذا أُريد تغيير شخص الدائن إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن ، أو أُريد تغيير شخص المدين إلا تجديدُ الالتزام بتغيير المدين . وفي الحالتين لم يكن الالتزام ذاتُه ، بمقوِّماته وخصائصه هو الذي ينتقل من شخص إلى شخص آخر . بل كان الالتزام الأصلي ينقضي بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقوِّمات وخصائصَ غيرِ المقوِّمات والخصائص التي كانت للالتزام الأصلي ، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن السابق أو يتغير شخص المدين .

على أن الرومان كانوا يلجؤون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، دون تدخل من المدين . فكان الدائن الأصلي يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين ، وكان هذا التوكيل وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يَقبِض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة ، فإن الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يَقبِض الدَّين [٢] . وبقي القانون الروماني على هذه الحال ، دون أن يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين .

٢ - وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسي القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه ، حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً . ومنه دخلت حوالة الحق في القانون الفرنسي القديم [٣] ، وأصبح مسلَّماً في هذا القانون أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحوالة ، على غِرار التوكيل بالقبض الذي أصبح مفترضاً دون نص ، وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام ، باعتبار أنه رابطة شخصية ، أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادي في الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ينتقل من دائن إلى دائن آخر ، باعتبار أنه قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه

(١) استساغت القوانين منذ عهد بعيد انتقال الالتزام بسبب الموت ، على أساس تصور استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٣/٤١٣-٤١٧

(٣) الصادر في سنة ١٨٠٣ م . وقد اعتبر حوالة الحق صورة من صور تجديد الدين في المادة/١٢٧١/ منه .

ولـكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . وبقيت القوانين اللاتينية عند هـذه المرحلة من التطور لم تستكمله إلى غايته ، باستثناء التقنين المدنى الايطالي الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام . على الإنابة فى الوفاء .

٣ ـ أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور إلى نهاية الطريق . ووجهة نظرهم فى هذا أنه ما دامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام يُغلَّب فيه معنى القيمة المادية على الرابطة الشخصية ، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتـزام من دائن إلى دائن آخر ، فما الذى يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخَر ؟ ومن ثَمَّ أصبحت مستقرةً حوالةُ الدَّيْن فى التقنين المدنى الألمانى[1] ، وكذا فى تقنين الالتزامات السويسرى[2] ، إلى جانب حوالة الحق .[3]

٤ ـ أما القانون الانجليزى فلم يكن يعرف الحوالة قبل سنة ١٨٧٥ م ، وكان الطريق الوحيد لنقل الدين هو طريق التجديد الذى يتطلب موافقةَ الأطراف الثلاثة وتغيُّرَ الدينِ نفسِه بالانقضاء وقيامَ دَين جديد . وحتى سنة ١٩٢٥م لم يكن بإمكان المحال أن يطالب باسمه الخاص وإنما كان عليه أنيستعمل اسم المحيل ، حتى صدر قانون المِلْكية سنة ١٩٢٥ م وأباح أن تكون مطالبة المحال باسمه الخاص.[4]

(١) الصادر في سنة ١٨٩٦ م .
(٢) الصادر في سنة ١٩١١ م .
(٣) الوسيط للسنهوري ٣/٤١٧–٤١٩ و ٥٥٧–٥٥٩ .
(٤) العقود لشيتى ١/٩٢١ – ٩٤٩ .
Chitty on contracts 1/921 — 949

٥ ـ يتضح من هذه اللمحة التاريخية أن القوانين الوضعية لم تعرف حوالة الحق قبل سنة ١٨٠٣ م ، ولم تعرف حوالة الدَّين قبل سنة ١٨٩٦ م ،وينتج عن هذه الحقيقة أمران فى غاية الأهمية :

(أولهما) ـ أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بأكثر من عَشَرَة قرون فى تنظيم انتقال الحق والدَّين بطريق الحوالة كما سيتضح تفصيلاً فى هذا البحث .

(ثانيهما) ـ أن الشريعة الإسلامية منقطعة الصلة تماماً بالقانون الرومانى بما يَدْحَض كل زَعْم أو شبهة فى استمدادها عنه ، بدليل سبقها وتفوُّقها الواضح عليه وعلى القوانين الوضعية الحديثة التى أخذت عنه .

ومن المعروف الواضح أن الشريعة الاسلامية قد عُرف فيها نوعا الحوالةِ فى وقت واحد : حوالةُ الدَّيْن وحوالةُ الحق دون سبق لأحدهما فى الزمن بينما إن حوالة الدَّين ـ وهي العقدة التى لم تقبل الحَلَّ فى الفكر وفى التشريع الرومانيين ولا فى التقنينات الأوربية عامّةً ـ لم تُعرف إلا على أبواب القرن التاسع عشر .

وسيتضح بجلاء فى البحوث المقبلة من هذا الموضوع أن الحوالة فى الشريعة الاسلامية تستمد أصولها من أدلة شرعية أصيلة هى السنة والإجماع والقياس .

٦ ـ بقي أن نتساءل ، إذا كانت الشريعة قد سبقت هذا السبقَ فى تنظيم الحوالة ، فهل كان لها تأثير على النظم والقوانين الأوربية الوضعية ؟

يجيب المستشرق يوسف شاخت بكل تأكيد أن الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الفقه الإسلامى قد استُعملتا كأوراق تجارية فى القرون الوسطى مما فتح باب النشاط المَصْرِفي الحقيقى أمام التجار

المسلمين والصيارفة اليهود [١] ، كما أكد أن الأصل التاريخي للكمبيالة المعروفة حالياً فى الغرب يرجع إلى الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الشريعة الإسلامية . [٢] ويضيف شاخت أن كلمة aval الفرنسية والتي تعني التظهير التأميني للورقة التجارية مأخوذة من الكلمة العربية « حوالة » ، كما أن كلمة « شيك » مأخوذة من الكلمة العربية « صك » [٣] .

وقد قال بهذا الرأى قبل شاخت العلامةُ الفرنسيُّ د . هوفلين [٤] حيث ذكر أن حوالةَ الدَّين قد انتقلت إلى أوربا عن طريق اسبانيا وصقلية وفى الحروب الصليبية فى القرن الثانى عشر الميلادي ، وأنه ليس أدلَّ على ذلك من أن كلمة aval الفرنسية مشتقة من كلمة (حوالة) العربية [٥] .

وإذا رجعنا إلى الموسوعة الفرنسية « لاروس » وجدناها تذكر صراحة تحت كلمة aval أنها مستعارة من الكلمة العربية al - wala, mandat

ولكلمة mandat عدة معان [٦] منها الحوالة عِلاوَةً عن معناها الأصلي وهو الوكالة . ويبدو أن هناك تحريفاً فى كتابة الأصل العربى من ha إلى al إذ إن كلمة الولا al-wala لا تنطبق على أيٍّ من معاني mandat كما أنها لا تنطبق على معنى aval التى قيل إنها مستعارة عنها . وتكون بذلك الكلمة الصحيحة فى السياق والمقصودة كأصل استعيرت منه كلمة aval هو hawala لا al-wala ويؤكد هذا ما سبق أن نقلناه عن المستشرق شاخت وغيره .

بقي أن نشير إلى أن المعنى الفنى لكلمة aval فى القانون الفرنسى هو الضمان الخاص للورقة التجارية الصادرة عن الغير أو عن أحد الموقعين على الورقة التجارية بعبارة bon pour aval أو ما شابهها ويعتبر بمقتضاها كفيلا متضامناً لا مديناً متضامناً يلتزم بدفع قيمة الورقة التجارية ، إذا لم يقم المدين المكفول بدفعها ، ويحل محله فى الاستفادة من الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية [٧] .

وواضح أن هذا المعنى لا ينطبق على معنى الحوالة ، وهو إلى الكفالة أقرب ، ولكن ذلك لا ينفي أن المصطلح الفرنسى الدال عليه مأخوذ من كلمة « حوالة » العربية فإن استعارة لفظ من لغة لا يستلزم التقيد بحرفية معناه فيها .

وعلى أية حال ، وسواء كانت كلمة aval مستعارة من كلمة « حوالة » أو من غيرها ، فمما لا شك فيه أن استعمال الحوالة والسفتجة المعروفين فى الفقه الإسلامى فى معاملات التجار المسلمين بعضهم مع بعض ، أو بينهم وبين غيرهم ، قد أتاح للأوربيين منذ القرون الوسطى معرفة هذا النوع من التعامل الذى لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى وما أخذ عنه من قوانين غربية حتى بداية القرن التاسع عشر .

(١) مدخل إلى الشريعة الاسلامية لشاخت ٧٨ . Joseph Schacht An Introduction to Islamic Law 78

(٢) شاخت ١٤٩ .

(٣) شاخت ٧٨ .

(٤) ورأى هوفلين D. Huvelin هذا أورده في كتابه : حوليات القانون التجارى (باريس ١٩٠١) ونقله عنه الاستاذ صبحى المحمصانى في بحث له ضمن مجموعة « القانون في الشرق الأوسط » Law in the Middle East الصادر عن معهد الشرق الاوسط بواشنطن بإشراف مجيد خدورى وهربرت لبسني سنة ١٩٥٥ م .

(٥) Law in the Middle East 1/202

(٦) شيك سياحى mandat de voyage حوالة بريدية mandat de poste اذن صرف mandat de paiement

(٧) المعجم القانونى الصغير دالوز Petit dictionnaire de droit Dalloz ، وللتوسع راجع الموسوعة القانونية دالوز Encyclopédie Juridique Dalloz

المبحث الثاني

تعريف الحوالة لغة وشرعاً وبعض الاسماء الاصطلاحية فيها

(اولا) تعريف الحوالة لغـة

٧- الحوالة في اللغة : «تحويل ماء من نهر إلى نهر» كما فى لسان العرب ، وجاء فيه أيضـاً قُبيل ذلك : «حال الشيء حَوْلاً وحُؤولا : تحوَّل» . لكن صاحب «اللسان» لم يذكر الحوالة فى هذا الموضع . وصرح بثبوتها ناقلو معناها اللغوى من الفقهاء ، إذ قـالوا : الحوالة لغةً التحول والانتقال[١] .

وبذا يجتمع لنـا تصحيـح ما أثبته الفقهاء فى كتبهم من أن الحوالة (وهى بفتح الحـاء أفصح من كسرها) هي اسم ، (أى اسم مصدر) ، بمعنى الإحالة .

ومما تقدم يجتمع لهـا فى اللغـة معنيان : لازم ، ومتعدٍّ . (فالأول) التحول والانتقـال[٢] ، (والثانى) النقل والتحويل[٣] .

وأصل معنى المادة الجذرى : تغيُّر الشيء وانفصالُه عن غيره ، كما فى مفردات الراغب . فهذا هو القَدْر المشترك فى جميـع تصاريفهـا ، ولا يخفى تحقُّقُه حكما فى الحوالة الشرعيـة ، كمـا سيبين ، فيكون المعنى اللغوى كلّيّاً ، والشرعى أحد أفراده .

(١) في كلام صاحب لسان العرب الذى نقلناه أولاً ما يفيد صحة الحوالة بمعنى التحويل مطلقاً : إمّا بناء على أن الاضافة إلى الماء لمجرد التمثيل ، كما يفهم من المصباح والمُغْرب وغيرهما ؛ وإمّا تجوّزاً في التعبير بالمقيد عن المطلق (إن كان ذلك هو نقل اللغة) .

(٢) البجيرمي على المنهـج ٣ / ١٩

(٣) ابن عابدين على الدر المختار ٢٨٨/٤

(ثانيا) تعريف الحوالة شرعاً عندالحنفية

٨- الحوالة شرعاً : نقل الدَّين من ذِمَّة إلى ذمَّة[٤] . فمتى تم الإيجاب والقبول تحميلاً وتحمـُّلاً لأداء الدين من المتحمِّل إلى الدائن ، بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية : الدائن والمدين والملتزم بالأداء ، مع الاستيفاء لسائر الشرائط التى ستأتى ، فقد تم هـذا النقل من الوجهة الشرعية .

مثال ذلك أن يقول للدائن قـائلٌ : لك على فلان دَين مقداره كذا فاقبلْ حوالتَه عليّ ، فيقول الدائن : قبلت . أو يبتدئ الدائن فيقول لصـاحبه : لى على فلان كذا ، فاقبل دينه عليك حوالة ، فيجيب : قد فعلت . ويأتى تمامه .

٩- بعد هذا التعريف يتبين ما يلي :

أ)- أن المحيل هو المدين ، وقد يـكون دائناً أيضاً باعتبار آخر (كما سنرى) . وهو طرف فى العقد إذا باشره بنفسه أو أجازه .

ب)- وأما المحال ، فهو الدائن . وهو أبدًا طرف فى العقد ، إما بمباشرته ، وإما بإجازته . ويقال لـه أيضاً : حويل ، ومحتال (بصيغة اسم الفـاعل) . ولا يقال : محال له ، أو محتال له ، لأن هذه الصلة لغو - كما قال فى المُغْرِب - وإن أثبتهـا البعض ، وتكلف ابن عابدين تصحيحها[٥] .

ج)- وأما المحال عليه (ويقـال له أيضاً : حَويل ، بزنـة « كفيل » ، ومحتـال عليه) فهو الذى التزم

(٤) الزيلعي على الكنز ٤ / ١٧١ وقد أخذت المجلة بهذا التعريف في المادة /٦٧٣ .

(٥) حاشيته على الدر المختار ٢٨٩/٤ . ونجري اليوم على ألسنة رجال القانون الوضعـى (الوسيط للسنهورى ٤٤٢/٣) ، كمـا استعملتها مجلة الأحكام العدلية في كتاب الحوالة .

لأحد الآخرَيْن بدينه على ثانيهما . وهو أيضاً أبداً طرف فى العقد؛ على نحو ما ذكرنا فى المحال .

د) - وأما المحال به ، (ويقال : المحتال به) فهو الدَّيْنُ نفسُه الذى للمحتال على المحيل ، وهو هنا محل عقد الحوالة .

(ثالثا)
اساس هذا التعريف والخلاف فيه عند الحنفية

١٠ - تعريف الحوالة بالتعريف الآنف الذكر إنما هو جارٍ على القول المصحح عند الحنفية ، من أن الحوالة لا تنقل المطالبة وحدها بل تنقل الدَّين معها ، بحيث يبرأ منه المحيل براءة مؤقَّتة ، أى مشروطة بعدم التَّوَى ، كما سيجيء [١] .

وقد حكى الزيلعي من الحنفية أن هذا هو مذهب أبي يوسف، وأن الإمام محمد بن الحسن لا يرى الحوالة إلا نقلَ المطالبة ، أما الدَّين فباقٍ فى ذمة المحيل ، ثم رتَّب الزيلعيُّ على خلافهما هذا - نقلاً عن المرغينانى - مسألتين :

الأُولى : أن المحال إذا أبرأ المحيل من الدين ، لا يصح إبراؤُه عند أبي يوسف لسبق براءته ، أى فراغ ذمته ، بالحوالة نفسها . ويصح إبراؤُه عند محمد ، لأَن الدين لم يزل باقياً فى ذمته ، وإنما الذى تحول هو المطالبة لا غير .

الثانية : أن المدين الراهن إذا أحال المرتهن بدينه ، كان له أن يستردَّ رهنه عند أبي يوسف ، لأَن الحوالة بمثابة الإبراء . وليس له استرداده عند محمد ، لأَن الحوالة بمثابة التأْجيل إلى التَّوَى [٢] .

١١ - ومن الناس من ينكر نسبة هذا الخلاف إلى محمد [٣] . ولعل منهم المحقِّقَ الزيلعيَّ نفسه ، فقد نقل ، على أثر ما أسلفناه عنه ، من « الزيادات » لمحمد : ان السر فى عدم بطلان حق البائع فى حبس المبيع ، إذا أحاله المشترى بالثمن ، وفى عدم بطلان حق المرتهن فى حبس الرهن ، إذا أحاله الراهن بالدين إنما هو بقاء حق المطالبة لكل منهما ، والمحال عليه نائب عن المحيل ، فمطالبته كمطالبة المحيل ، وأن كان المحيل قد بَرِئتْ ذمته [٤] .

نعم هم ينقلون عن محمد أحيانا أحكاما قد توهم صحة نسبة الخلاف إليه فى انتقال الدين ، فمن ذلك - كما حكاه صاحب العناية على الهداية [٥] :

١) - ان المحال إذا أبرأ المحال عليه ، صح إبراؤُه عنده ، ولا يرتد بالرد . ولوكان الدين قد انتقل إلى ذمته ، لارتد الإبراء برده ، لأنه يكون

---

(١) البحر على الكنز ٦ / ٢٦٧ . والتوَى : تعذر تحصيل الدين بسبب لادَخْل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلاً ، وسيأتي تفصيله في محله .

(٢) الزيلعى على الكنز ١٧٢/٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٤٤/٢ .

(٣) فتح القدير على الهداية ٤٤٦/٥ .

(٤) الزيلعى على الكنز ١٧٢/٤ أى إن حكم الإمام محمد ببقاء حق حبس الرهن أو حبس المبيع لا يستلزم اعتباره بقاء الدين في ذمة المحيل غيرَ منقول ، لأن بقاء حق المحال في مطالبة المحال عليه كاف لتعليل بقاء حق الحبس المذكور مع الحوالة . وقد يضاف إلى ذلك ان مجرد انتقال الدين بالحوالة لا يستلزم تخلِّيَ المحال عن ضمانات الوفاء من رهن أو حبسِ مبيعٍ في نظر محمد .

لكن لا يخفى أنه لا دلالة في كل هذا على نفي خلاف الإمام محمد في انتقال الدين بالحوالة وبراءة المحيل لأن محمداً ينقل في الزيادات نفسها آراء أبي حنيفة وان الزيادات معدودة من الكتب الستة التى هى كتب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وليست سجلاً لآراء محمد وخلافاته ، كما هو معروف لدى الحنفية . (خبير الموسوعة)

(٥) العناية بهامش فتح القدير ٤٤٥/٥ .

من قبيل تمليك الدَّيْن ممَّن عليه الدَيْنُ ، والتمليك يرتد بالرد ، كإبراء المحيل قبل الحوالة ، وإبراء الأصيل فى الكفالة .

٢) - ان المحيل إذا أراد قضاء الدَين بنفسه يجبر المحال على قبوله . ولو كان قد برئ لكان متبرعاً كالأجنبيّ والأجنبي إذا تبرع بقضاء دين لا يجبر صاحبه على قبوله .

فإن صح هذا النقل ، وصح تعليله ببقاء الدين فى ذمة المحيل ، فهما إذن قولان لمحمد . وإلا فسيأتى لنا - فى جواب الإيرادات على التعريف - إمكان تأويله بما ينفي خلافه .

١٢ - على أن الخلافَ نفسَه ثابت فى المذهب على أيّة حال . والتكلف واضح فى تخريج مسائله كلها وَفْقَ وجهة نظر واحدة ، كما سترى . ولذا يقول صاحب البدائع (وهو من منكرى أن يكون الخلاف قديماً) : « واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل ، مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجَباً للحوالة . قال بعضهم : إنها نقل المطالبة والدَين جميعاً[١] ، وقال بعضهم : إنها نقل المطالبة فحسب ، فأما أصل الدين فباقٍ فى ذمة المحيل » . ثم أخذ يستدل لكلا الرأيين[٢] . ونحن نُرجئ هذا الاستدلال إلى موضعه فى آثار الحوالة وأحكامها . أما الآن فنتابع الكلام فى تعريف الحوالة :

إن التعريف السابق للحوالة لا يصلح على قول منكرى انتقال الدين فيها ، وإنما هى عندهم : « نقل المطالبة فحسب من ذمة إلى ذمة » .

(١) أخذ مرشد الحيران بهذا التعريف في المادة / ٨٧٦ .
(٢) البدائع ١٧/٦ .

ولو أطلقنا المطالبة لصلح التعريف لكلا الفريقين ، لأن الأصل ، فى الحوالة ما دامت قائمةً ، أن المدين إذا أحال بدينه لا يطالَب به إجماعاً[٣] .

على أن هنالك رأيَ زُفَرَ ، الذاهب إلى أن الحوالَة لا تنقل ديناً ولا مطالبة وإنما تضم ذمة إلى ذمة ، فهي والكفالة سواء ، إذا كانت مطلقة . فإن كانت مقيدةً[٤] فكفالة ورهن . وعندئذ تعرّف على رأي زُفَر بأنها : « ضم ذمة ، أو ذمة ورهنٍ ، إلى ذمة أُخرَى » .

(رابعا)
تعريف الحوالة عند غير الحنفية

١٣ - إن التعريف الذى ذكره الحنفية للحوالة يوجد فى كتب المذاهب الأُخرى :

أ) - تارة كما هو - كما فعل ابنُ قاسم الغَزّىّ وأصحاب الحواشي عليه من الشافعية[٥] ، وصاحبُ البحر الزخار من الزيدية[٦] .

ب) - وتارة مع التصريح بلازمه ، وهو براءة الذمة الأُولى ، احترازًا عن الضمان بناء على أن فيها أيضاً نقلاً للدين وإن كان المشهور خلافه ، كما فعل بعض المالكية[٧] . على أنه مع ذلك يبقى

(٣) فتح القدير على الهداية ٤٤٣/٥ والبحر على الكنز ٢٤٠/٦ .
(٤) الحوالة المقيدة هي التى يلتزم فيها المحال عليه بأداء الدين من مال للمحيل عنده فإذا التزم أداءه بصورة مطلقة دون هذا القيد فهي حوالة مطلقة .
(٥) « نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » حاشية الباجوري على ابن قاسم ٣٩١/١ .
(٦) « نقل حق من ذمة إلى ذمة » البحر الزخار ٦٧/٥ .
(٧) « قال ابن الحاجب : نقل الدين إلى ذمة تبرأ بها الأولى ، وقال ابن عرفة : طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى » حاشية التحفة على ابن سودة ٣٣/٢ .

تعريفهم غير مانع عند من يرى الضمان [١] مبرئاً أيضاً للمضمون عنه، كالظاهرية [٢]، والإمامية [٣]، وكثير من الإباضية [٤].

ج) - وتارة مع شيء من التحوير، كأن يعبروا بدلاً من النقل بأثره وهو الانتقال، وذلك إما مع إضافة «براءة الذمة الأولى» - كما فعل صاحب «مدارج الكمال» من الإباضية [٥]، أو مع بديل عنها، وهو أن يستعمل في عقدها التعبير بلفظ الحوالة، أو لفظ آخر بمعناها الخاص - كما فعل الحنابلة [٦]، وإما بدون أية إضافة - كما فعل بعض الشافعية [٧].

ولعل التعبير بالانتقال أحسنُ وأدقُّ من التعبير بالنقل، لأن الانتقال هو الذى يبقى وتتوارد عليه الأحكام من فسخ وانفساخ وما إليهما [٨].

(١) الضمان هو الكفالة عند الظاهرية والإباضية، وتسمى أيضاً الحَمالة والزعامة والقَبالة. أما عند الإمامية فالضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال، وأقسامه ثلاثة: ضمان المال، والحوالة، والكفالة (وهي التعهد بالنفس).

(٢) المحلى ١١٣/٨: «الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً وإنما حقه عند الضامن أنصفه أو لم ينصفه ... وعن الحسن ومحمد بن سيرين قالا جميعا: الكفالة والحوالة سواء».

(٣) المختصر النافع ١٤٢ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع جامعة النجف ١٤٥/٤.

(٤) شرح النيل ٦٢٥/٤: «الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة نقلا تبرأ به الأولى ... وهذا التعريف غير مانع لشموله الحَمالة ... وقيل: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى ...».

(٥) مدارج الكمال ١١٤:

أما انتقال المال من ذى الذمة
للذمة أخرى مع التبرية
حوالةٌ ....

(٦) منتهى الإرادات ٤١٦/١: «انتقال مال من ذمة إلى ذمة بلفظها أو معناها الخاص».

(٧) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢: «عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة، ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى، والأول هو غالب استعمال الفقهاء».

(٨) نهاية المحتاج على المنهاج ٤٠٨/٤.

وقد يستعمل بعضهم في تعريف الحوالة لفظ «التحويل» نفسه (على ما فيه من الدَّوْر المفسِد للتعريف) [٩]، كما فعل بعض الإمامية، إلا أنه أضاف إضافة تُجَاري من ينكرون الحوالة المطلقة فيشترطون فيها مديونية المحال عليه بدين الحوالة، فالحوالة عندهم مقيدة أبدًا، ونص عبارته: «تحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله» أي لصاحب الذمة الأولى [١٠]، وإن كان هذا التقييد خلافَ الراجح عندهم [١١].

١٤ - ثم إن هذا النقل أو الانتقال أمر حكميٌّ، لاحِسِّيٌّ، ويترتب على سبب شرعي هو عقد الحوالة نفسه. فالتعريف الحقيقي إنما يكون بالعقد. ولذا عبر كثيرون بهذه العبارة: «عقد يقتضي نقل (أو انتقال) دين من ذمة إلى ذمة» [١٢]، أو بهذه العبارة:

(٩) الدَّوْر: هو توقف معرفة كل من أحد الشيئين على الآخر (كليات أبي البقاء، وتعريفات الجرجاني) وهو طريقة فاسدة في التعريفات الفنية الكاشفة عن ماهيات الأشياء وحقائقها.

ويقع الدور إذا أدخل في التعريف لفظ الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، كما لو قيل في تعريف العلم: هو إدراك المعلومات، أو قيل في تعريف المدرسة: هى المكان الذى تدرس فيه العلوم، أو قيل في تعريف البيت: هو الذى خصص للمبيت فيه. ففي هذه التعريفات لا تمكن معرفة معنى العلم والمدرسة والبيت الا من بعد فهم تعريفاتها، وفي الوقت نفسه لا يمكن فهم تعاريفها الا اذا كانت هذه المعرّفات نفسها معروفة، وهذا معنى الدور، لأن القارئ المتعلم يدور منها في حلقة مفرغة.

وفي تعريف الحوالة المنقول عن بعض الشيعة الامامية هنا قد استعمل لفظ (التحويل) وهو والحوالة صيغتان من مادة واحدة، فيقع الدور. (خبير الموسوعة).

(١٠) فقه الامام جعفر ٦٥/٤ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع دار الكتاب العربي بمصر ٣٦٦/١.

(١١) الروضة البهية ٣٦٦/١: «الحوالة وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله .... وإلا فالأقوى جوازها على البريء للأصل ....».

(١٢) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢.

«عقد شُرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى»[١] .

على أن هناك من ينازع في أن الحوالة عقد، أو يرى أنها تتم بالإرادة المنفردة. يقول ابن رجب الحنبلي في قواعده: «إن قلنا نقلاً لم يعتبر لها (أي للحوالة) قبول»[٢]. ويقول المؤيّد بالله من الزيدية: «ولا يعتبر المجلس في قبول الحوالة إذ ليست عقداً»[٣] .

١٥ - كما ان النقل نفسه، أو الانتقال، لا يُتصور إلا بكثير من التكلف[٤]، كتقدير أن المحال استوفى دينه من مدينه ثم أقرضه المحال عليه. ولذا نجد الذين يعتبرون الحوالة عقد بيع للدين ولا يقبلون الحوالة المطلقة (بل يشترطون لصحتها كون المحال عليه مدينا للمحيل) يصرحون بأن ليس لنقل الدين من معنى سوى أن مثل الدين أو نظيره يثبت للمحال في ذمة المحال عليه[٥]، ولم يبالوا بأن هذا المثل، أو النظير، لم يكن قط في ذمة المحيل حتى يتحقق فيه معنى النقل أو الانتقال ثقةً منهم بأن حقيقة الحوالة هي الاستخلاف على الدَّيْن، وهو ثابت في مكانه لم يبرحه .

وهذه هي أحدث نظريات القانون المدني الوضعي في معنى الحوالة[٦]، فكم لفقهائنا من سبق بعيد! حتى لقد اختصر بعضهم الطريق، وآثر أن يتفادى التعبير بالنقل - كما فعل ابن عرفة من المالكية - إذ عرّف الحوالة بأنها: «طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى» أي بالتزام مثله في ذمة أخرى، ذلك أن ما كان في الذمة الأولى يسقط بمجرد الحوالة وتبرأ منه تلك الذمة، والذي يخلفه في الذمّة الأخرى ليس إلا مثلاً له أو نظيراً.

والتعريف بهذه الصورة مانع لا ينتظم المقاصّة، إذ ليس فيها قيام الدَّين بالذمة الأُخرى[٧]، ثم هو متسق مع ما عليه أكثر المالكية من أن الحوالة بيع دينٍ بدين[٨]. وربما خيل للناظر أنه مبنيٌّ على أن الحوالة إسقاط بعوض. وسيجيء الفصل في هذا النزاع وما يجري مجراه (ر: ف/٤٦ وما بعدها)[٩].

١٦ - ومن مظاهر نظرية الاستخلاف هذه في الفقه المالكي[١٠] قولهم: «يتنزل المحال من المحال عليه منزلة المحيل منه (أي من المحال عليه) ومنزلته هو (أي المحال) من المحيل». أي إنه لا يجوز للمحال في الدَّين الذي في المحل

(١) فقه الإمام جعفر ٦٥/٤ .

(٢) القواعد لابن رجب ٣٢-٣٣: «الحوالة هل هي نقل للحق أو تقبيض؟ فإن قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول، وان كانت تقبيضاً فلابد من القبض بالقول وهو قبولها فيجبر المحتال عليه».

(٣) البحر الزخار ٦٩/٥ .

(٤) لا تكلّف لان النقل حكمي اعتباري، وآثار العقود كلها اعتبارية كتنقل الملكية بالبيع، والمنافع بالاجارة، ومصدرها الارادة والتراضي بين ذوي الحقوق؛ فكما تسقط الإرادة الحق أو تعدّله بلا تكلّف كذلك تنقله حكماً، وهذا التقدير بالاستيفاء ثم الإقراض هو المتكلّف. (خبير الموسوعة).

(٥) حاشية البجيرمي على المنهج ١٩/٣ وحاشية الباجوري على ابن قاسم ٣٩١/١ .

(٦) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٤١٩/٣ .

(٧) حاشية التحفة على ابن سودة ٣٣/٢ .

(٨) الدسوقي على الشرح الكبير ٣٢٥/٣ وبلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢ .

(٩) إن رأي المالكية في تعريف الحوالة، كغيرهم، قائم على أساس الحوالة المقيدة وعدم جواز الحوالة المطلقة التي ليس فيها مجال لتصوير الحوالة في صورة بيع دين بدين إذ قد لا يكون في المطلقة دين للمحيل على المحال عليه ليمكن حينئذ تفسيرها بأنها بيع، فالمذاهب التي تلحق الحوالة بالبيع تضيق من دائرتها، بخلاف من لا يلحقها هذا الإلحاق فإنه يوسع دائرتها بحيث تشمل صوراً لا يمكن تفسيرها بالبيع. (خبير الموسوعة).

(١٠) على ما فيه من بعض التخريج المذهبي الذي لا يسنده دليل.

الثـاني ، إلا ما كان يجـوز للمحيـل فيـه وما كان يجـوز له هو في دينـه على المحيـل . فمثـلاً : إذا احتـال بطعام (أى قمـح) من قرض على طعـام من سَـلَم ، أو بالعـكس ، لـم يجـز له أن يبيـع دَين الحـوالة من غير المحال عليـه قبل قبضـه ، لأنه بالنسبة للمحيـل يكون بيـع طعـام معاوضة قبـل قبضه – إن كان طعـامَ سَـلَم (أى إن كـان دَيْنُ المحيـل عند المحـال عليـه قمحـاً اشتـراه منـه المحيـل بعقـد سَلَم) فإن كانَ طعـامَ قرضٍ ودينُ المحـال على المحيـل طعـامُ سَلَمٍ ، كان ممتنعـاً على المحـال بيعُه قبل قبضه ، فكذا ما ناب مَنابَه [١] .

١٧ – تلك البـراءة المترتبـة على الحـوالة ، والتي يقول بهـا الحنفيـة عدا زُفَرَ ، ويقولون إنها براءة مؤقتـة مشروطة بعدم التوى ، هي عند جمـاهيـر أهل الفقه نهـائيـة [٢] .

ولم يوافق الحنفيةَ عـلى تأْقيتهـا بعـدم التَّوَى سوى النـاصرِ من الزيدية ، بل إنـه لا يقصر التَّوَى على أسباب معينة ، إذ كل تعـذر لاستيفاء الحـق من جهـة المحال عليـه هو عنـده تَوَى ، كمـاحكاه في البحـر الزخار [٣] ، وقد حـكى فيـه أيضـاً عن داود الظاهـري مثل ذلك . ولم يذكره ابن حـزم في المحلى ، (وصاحب البيت أدرى) ، لـكنه اعتبـر التوى موجبـاً للرجـوع إذا كان المحال به ثمن مبيع . لـكن الإحالة به حينئذ لا يصح أن تـكون بطريق الحوالة عند الظاهرية ، بل بطريق الوكـالة ، يوكـل المدين بـه دائنـه في قبض حق له على ثالث على أن يتملـكه إذا قبضـه ، فإذا لم يقدر على قبضـه رجـع على المدين بدينـه [٤] .

نعم إن المالـكية والإمامية والإباضية والحنابلة في رواية ، والزيدية في رأى ، يوافقون على أن للمحال الرجوع على المحيل في حالة خاصة ، هي حالة الغرور لا غير ، على اختلاف بينهم في تحديد معنى هذا الغرور . إلا أنها موافقة فى مجرد إعطاء حق الرجوع أحياناً ، لا في تأْقيت الحوالة بحيث تنتهـي بالتَّوَى ، فارجع إلى ما فصلناه فى موضعه [٥] . (ر : ف / ٢٩٧) .

وينبغـى التنبيـه هنا على أنـه يوجد فى المذهبين الإباضي والإمامي من يرى رأْيَ زُفَر : ويذهـب إلى أن الحـوالة – كالـكفالة تماماً – يكون للمحـال فيهـا حق مطالبـة مـن يشاء من المحيـل والمحـال عليـه ما لم يشترط المحيـل براءتـه [٦] .

(خامسا)
تحليل تعريف الحوالة

١٨ – الحوالة نقل للدين من ذمة إلى ذمة . وهـذا النقل حكميٌّ أى اعتباريٌّ لا حسِّيٌّ :

فلـكونه نقـلاً تخـرج عنـه الـكفالة ، لأنها ضم ذمة إلى ذمة ، لا نقل من هذه إلى تلك .

ولـكونه نقلاً حكميـاً اختص بالـدين ، أُضيف إليـه . إذ العيـن حِسِّيـةٌ لا يتصور فيهـا إلا النقل الحِسِّيُّ ، ولا يمكن اعتبارها فى محـل ليست فيـه ؛ لأن الحسَّ يُكذبـه .

(١) بداية المجتهد ٢/٣٠٠ .
(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٥ والمغني لابن قدامة ٥ / ٥٨ والروضة البهية شرح اللمعه الدمشقية ١/٣٦٦
(٣) البحر الزخار ٥/٦٨ .
(٤) المحلى ٨/١٠٩ .
(٥) الرهوني على الزرقاني على خليل ٥/٤٠٥ وجوهر النظام ٣٩٢ والمغني لابن قدامة ٥/٥٨ وتذكرة الفقهاء ٢/١٠٥ .
(٦) شرح النيل ٤/٦٣٩ والمختصر النافع ١٤٣ والروضة البهيـة شرح اللمعة الدمشقية ١/٣٦٦ .

أما الدّين فوصف في الذمة حكمي ، يمكن أن يؤثر فيه النقل الحكمي ، بأن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر التزمه ، ويظهر أثر ذلك في المطالبة كما سيجيء.

١٩ - فلا بد أن يكون للمحال دَين على المحيل ولو حكماً ، كالكفيل يحيل الطالب المكفول له ، على أن يبرأ هو وحده تجاهه ، وذلك بناء على الرأي بأن الكفيل لا تجعله الكفالة مديناً حقيقة ، بل حكماً [١] .

نعم لا حاجة إلى تقدير هذه « الحكمية » بالنسبة إلى الكفيل إذا جرينا على ما صححه المتأخرون من أن الدين المكفول به ثابت في ذمة الكفيل أيضاً [٢] .

فإذا لم يكن على المحيل دَين للمحال كانت الحوالة في الحقيقة توكيلاً بالقبض أو بيعاً أو هبة للدَين من غير من هو عليه .

هذا إذا كان للمحيل دَين على المحال عليه ، فإن لم يكن فالحوالة عندئذ عبث محض ، سواء قبل المحال عليه أم لم يقبل [٣] .

وهذا رأي الحنفية ، وهو مخالف لما قرره جماهير أهل الفقه من أنها حينئذ وكالة في اقتراض ، لأن لفظ الحوالة يستعمل في الوكالة ، لما بينهما من المشاركة في المعنى [٤] ، والحنفية أنفسهم لا ينازعون في صحة هذا التعليل كما سنرى عند الكلام على أسباب بطلان الحوالة (ف / ٩٧) لكنهم هنا غلّبوا جانب اللفظ على جانب المعنى ، عكس الراجح عندهم في العقود [٥] ، وان ترجيح جانب اللفظ في العقود هو الذي اشتهر به غيرهم من أهل المذاهب [٦] . فهكذا أخذ كلا الفريقين أخذًا لا يتوقع منه .

والذي قرر ما يشبه منهجه - وان كان يؤول إلى ما قرره الحنفية - هو ابن حزم الظاهري إذ اعتبر الحوالة في هذه الصورة من قبيل الأكل لأموال الناس بالباطل ، غير أنه استثنى من البطلان ، الذي هو لازمُ كلامه ، ما إذا تبادل مدينان دَينَيهما : بأن يضمن كل منهما ما على صاحبه - دون أن يشترط ذلك عليه شرطاً - فينتقل إلى ذمته [٧] ، إلا أن هذه

(١) البحر على الكنز ٢٧١/٦ .

(٢) ابن عابدين على الدر المختار ٢٥٠/٤ .

(٣) البحر على الكنز ٢٦٩/٦ ومجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ١٢٩/٢ .

(٤) نهاية المحتاج على المنهاج وحواشيها ٤١٠/٥ والمغني لابن قدامة ٥٧/٥ وتذكرة الفقهاء ١٠٦/٢ .

(٥) وهو ما تقرره عندهم القاعدة الفقهية القائلة : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » كما في مجلة الأحكام العدلية (م / ٣) .

لكن يلحظ هنا أن الحنفية - خلافا لرأي الاستاذ الكاتب - لم يتخلوا عن قاعدتهم الذهبية هذه في العقود . فليس اعتبارهم الحوالة توكيلا بالقبض ، أو بيعاً ، أو هبة للدين من غير من هو عليه حين لا يكون للمحال دين على المحيل كما سبق (ف / ١٩) إلا إعمالاً لهذه القاعدة. وكذا تقريرهم ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل تصبح كفالة عملاً بالمعنى المقصود لا بحرفية اللفظ.

أما عدم حملهم الحوالة على التوكيل بالاقتراض إذا لم يكن للمحال دين على المحيل ، ولا لهذا دين على المحال عليه ، فلأن التوكيل بالاقتراض يجعله مديناً بالقرض ومسؤولاً به بمجرد أن يقبضه الوكيل (المحال هنا) ولو لم يؤده إليه . وهذا إلزام لا يكفي فيه مجرد احتمال المجاز في لفظ الحوالة دون قرينة مرجحة . بخلاف ما إذا كان للمحيل دين على المحال عليه - وليس مديناً للمحال - فإن وجود دينه قرينة كافية لحمل الحوالة على أدنى الاحتمالات المجازية وهو التوكيل بالقبض (خبير الموسوعة) .

(٦) نهاية المحتاج على المنهاج وحواشيها ٤١٠/٥ .

(٧) المحلى ١١٠/٨ .

ليست الحوالة المصطلح عليها ، بل اعتبرها ابن حزم نفسه من قبيل الضمان[1] .

٢٠ ـ والذمة المنقول عنها هي ذمة المدين ، والمنقول إليها هي ذمة الملتزم بالأداء.

والذمة في الأصل ، كما قال ابن نجيم ، هي « العهد والأمان والضمان فقولهم : في ذمتي كذا ، أي في ضماني » ويمكن تفسيرها بأنها وصف شرعي في الإنسان تتحقق به أهلية الوجوب ، أي يكون به أهلا لثبوت الحقوق له وعليه ، كما أفاد الكمال بن الهُمَام[2] .

٢١ ـ ثم ليس معنى نقل الدَين من ذمة إلى ذمة إلا أنه قد صار على المحال عليه ما كان على المحيل. ولذا فإن حقَّ هبةِ الدين ، والإبراء منه ، وأخذ رهنٍ به ـ وقد كان قبل الحوالة ثابتاً للطالب تجاه المحيل ، دون المحال عليه ـ إنما يصير بعد الحوالة ، على العكس من ذلك ،ثابتا للطالب تجاه المحال عليه دون المحيل .

٢٢ ـ وفي حالة كون المحيل دائناً للمحال عليه لا يَتَوهَّمنَّ أحدٌ ، في معنى نقل الدين هذا ، أن دين المحيل يصير بمجرد الحوالة مِلكاً للمحال ـ وإن قيِّد الحوالَةَ بدَيْنه ـ وإلا لوقع محذور « تمليك الدين من غير من هو عليه » . بل حقيقة الأمر أن قد لزم المحالَ عليه بقَبوله الحوالَةَ دينانِ : الدين القديم الذي عليه للمحيل ودين جديد التزم بالحوالة أداءه الى الطالب ، فإذا أداه إليه عن المحيل صار دائناً للمحيل و مديناً له ، ثم يقع التقاصُّ . ومن ثَمَّ لو قبل المحال عليه حوالة الدينِ الحالِّ مؤجَّلاً ، لا يظهر الأجل في حق المحيل ، عند الرجوع عليه بسببه[3] .

(سادسا)
ايرادات على التعريف

٢٣ ـ أوردوا على تعريف الحوالة بـ « نقل الدين من ذمة إلى ذمة » إيراداتٍ جَمَّةً بلغت العَشَرَة كَمَلاً عند صاحب البحر[4] ، وقد يزاد عليها ، ونحن موردوها هنا تِباعاً ، ومع كل إيراد جوابه ، ليكون الناظر على بصيرة ، ولأنها تتضمن أحكاماً ربما لايجيء لها ذكر بعد.

٢٤ ـ الإيرادُ الأول : أن التعريف غير جامع ، إذ لا يشمل الحوالة على الوديع ، إذا قُيِّدَت بالوديعة ، ولا على الغاصب ، إذا قيدت بالمغصوب ، على القول بأن الواجب في الغصب رَدُّ العين ، والقيمة خَلَف أو مُخَلِّص . لأن من البيِّن حينئذ أنها لا تنقل دَيناً إلى ذمة المحال عليه .

جوابه : سكت ابن نجيم عن جواب هذا الإيراد . وصريح كلام صاحب المبسوط أن هذه ليست حوالة ، بل وكالة ، فلا إيراد . ونصه : « حقيقة الحوالة هي المطلقة ، فأمّا المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء والقبض »[5] . ونَقَلَه وأقَرَّه الزيلعيُّ والكمالُ

---

(١) وكذلك أيضا يجاب عن الحنفية بأن الوكالة بالاقتراض عندئذ ليست هى الحوالة المصطلح عليها ولا تشبهها بل هي شيء آخر انعقد بتعبير مجازي .

(٢) التيسير على التحرير ٢٤٩/٢ . وقد حقق بعض الباحثين المُحْدَثين أن الذمة « محل اعتباري للواجبات » وبينهما فرق فانظره فقرة / ١١٧ وما بعدها من «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامى » للفقيه المعاصر الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا .

(٣) البحر على الكنز ٢٦٧/٦ .

(٤) البحر ٢٦٧/٦ .

(٥) المبسوط للسرخسي ٥٤/٢٠ .

ابن الهُمام[١] . ولكن ابن عابدين ، في حاشيته على الدر المختار ، لم يرتض هذا الجواب ـ بعدما نقله عن الشرنبلالي ـ استنادًا إلى أن هذه الحوالة لوكانت وكالة في الحقيقة ، لملك المحيل مطالبة المحال عليه ، ولملك المحال عليه الدفع إلى المحيل وليس كذلك . ثم أجاب بأنه : لما صار الوديع مطالَباً بالدَين كان كأنَّه في ذمته ، فكانَت حوالة بالدين لا بالعين .

[وكأنّما استشعر ضعف هذا الجواب فعقّب بقوله : «نعم لو أحال الوديع رَبَّ الوديعة بها على آخر ، كانت حوالةً بالعين فلا تصح »[٢] .

وواضح أن الذين قالوا : إن الحوالة على الوديعة والمغصوب وكالة ، لم يَعْنُوا أنها وكالة محضة ، بل وكالة فيها مقاصد الحوالة . وغير مستنكر أن يكون في العقد الواحد شائبتا عقدَيْنِ : كالهبة بشرط العوض ، فإنها هبة ابتداءً ، بيع انتهاءً ، وكبيع الوفاء ، فإنه عند كثيرين ، بيع من وجهٍ ، رهنٌ من وجهٍ آخر وتثبت له آثار من العقدين[٣] . وقد نقل ابن عابدين نفسه بعد ذلك بنحو ثلاث صفحات أن الوكالة بلفظ الحوالة عقد لازم[٤] ، ولم يُعقِّب عليه باستدراك ما ، مع أن الوكالة الحقيقية من كل الوجوه عقدٌ غير لازم] .

٢٥ ـ الإيراد الثاني : عند التوى يرجع المحال على المحيل بدينه . ومعنى ذلك أن دينه كان مايزال في ذمة المحيل ، إذ لو كان انتقل عنها لما عاد إليها ، وهذه حقيقة ثابتة لا تنفك عنها حوالة بحال . وإذن لا يكون التعريف بـ « نقل الدين » معبّرا عن حقيقة الحوالة بل عن ظاهر الحال فقط .

وجوابه : أن النقل تحقق بالحوالة ، إلا أنه نقل مؤقت إلى التوى ، على هذا وقع التشارط ضمناً ، لأن سلامة الدين للمحتال شرط استقرار براءة الأَصيل ، وإذا اختل الشرط لم يوجد المشروط .

٢٦ ـ الإيراد الثالث : يُجبر المحال بعد الحوالة على قَبول دينه من المحيل ، إذا أراد قضاءه بنفسه . فليس المحيل إذن متبرعاً بهذا القضاء ؛ أي إن ذمته لم تزل مشغولةً بدينه لم ينتقل عنها . فيكون التعريف ، لهذا أيضاً ، تعريفاًبالظاهر لا بالحقيقة .

والجواب : أن المحيل لا يستفيد بقضاء دينه بنفسه ، أصلَ تفريغ الذمة ـ فإن هذا حاصل بالحوالَة نفسها ـ بل يستفيد البراءة المؤبَّدةَ ، وهي شيءٌ لم يحصل بعقد الحوالة ، كما هو معلوم .

٢٧ ـ الإيراد الرابع : إذا مات المحيل قبل أن يقبض المحال دَينَ الحوالَة ، لم يختص به المحال عند غير زُفَر[٥] ، بل يقاسِم فيه الغرماء . ولو كان انتقل إلى ذمة المحال عليه لاختص به .

وجوابه : ان الدين انتقل ، إلا أنَّ المحال لم يملكه بالحوالة ، حَذَرًا من تمليك الدين من غير من هو عليه ، وإنما ملك المطالبة ـ حتى إذا قبض شيئا

(١) الزيلعي على الكنز ١٧٣/٤ وفتح القدير على الهداية ٤٤٩/٥ .
(٢) ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٠/٤ .
(٣) جامع الفصولين ١٧١/١ .
(٤) ابن عابدين ٢٩٣/٤ .
(٥) البدائع ١٧/٦

مَلَكَه[1]، وتقدم لنا[2] تصوير ذلك بترتيب دَينين في ذمة المحال عليه، باعتبارين مختلفين، ولا محذور في ذلك، وإنما المحذور أن يكون للدين الواحد مُطالبان.

٢٨ – الإيراد الخامس: لو أبرأ المحالُ المحالَ عليه من دَيْن الحوالة، لم يرتَدَّ إبراؤه بردِّه. ولو كان الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه، لارتد الإبراء بردِّه، لأنه يكون تمليكاً، لا مجرد إسقاط حق المطالبة. وتمامه كما سلف.

والجواب: هو الجواب عن الإيراد الرابع نفسه، أعني أنه لا يلزم من انتقال الدين أن يملكه المحال، بل هذا ممنوع، وإنما يملك المطالبة، فالإبراء من حقها ليس تمليكاً يرتدُّ بالرد بل محض إسقاط، والإسقاط المحض لا يرتد بالرد، لتلاشي الساقط، كإسقاط الخيار[3].

٢٩ – الإيراد السادس: لو أن المحال وكَّل المحيل بالقبض من المحال عليه، لم تصح الوكالة، ولو كان الدين انتقل عن ذمة المحيل لصحت، إذ كان يكون أجنبياً.. ولا تخفى البقية...

وجوابه: أن المحيل لا يصلح هنا وكيلاً، لأنه هنا يعمل لنفسه في قبض الدين ليستفيد به البراءة المؤبدة، التي لم يستفدها بمجرد الحوالة، وشأن الوكيل أن يعمل لغيره لا لنفسه.

٣٠ – الإيراد السابع: أن المحال عليه، إذا أبرأه المحال، لا يرجع على المحيل، وإن كانت الحوالة برضا المحيلِ أو أمرِه، أما إذا وهبه المحال دين الحوالة، فإنه يرجع به على المحيل إن لم يكن هو مديناً له، فإن كان مديناً، التقى الدينان قِصاصاً (أي تقاصّا)، فلو كان الدين قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، لكانت الهبةُ أيضاً إبراءً، لارجوعَ فيه.. إلى آخر ما أسلفناه.

والجواب: أن الإبراء الذي هو مجرد إسقاط حق المطالبة، لا معنى للرجوع فيه، أما الهبة فسبب من أسباب المِلك كالإرث، فصلحت سبباً للرجوع، ولا ينافي ذلك تسميتها إبراء لكونها هبة دين.

٣١ – الإيراد الثامن: لو كان الدين قد سقط عن ذمة المحيل بالحوالة، لما صح فسخها لأن الدين يعود به، والساقط لا يعود.

وجوابه: أن هذا إن سُلِّم فمحلُّه لو كان الدين قد سقط نهائياً، وليس كذلك. وإنما سقط سقوطاً مؤقَّتاً باستمرار الحوالة، كما سبق بيانه، فلا تناقض.

٣٢ – الإيرادان التاسع والعاشر: إذا أحال المشتري البائع بالثمن، لم يسقط حق البائع في حبس المبيع، وإذا أحال الراهن المرتهن بالدَين، لم يسقط حق المرتهن في حبس المرهون، ولو كان قد برئ المشتري والراهن بالحوالة –لانتقال الدين من ذمتهما– لَمَا استقام هذا ولا ذاك.

والجواب: بل إن سِرَّ عدم السقوط بقاءُ حق المطالبة، لكل من البائع والمرتهن في المثالين. ولذا يسقط حق الحبس إذا سقط حق المطالبة، كما إذا انعكس الحال، في نفس المثالين، فكان المحيل هو البائع والمرتهن، لا المشتري والراهن (أي إذا

(١) البحر الرائق ٦/٢٦٧.
(٢) في تحليل التعريف (ف / ٢٢)
(٣) فتح القدير على الهداية ٥/٤١١.

أحال البائع على المشتري بالثمن أو أحال المرتهن على الراهن بالدَّين، حيث يسقط حقهما في الحبس، إذْ صارا بالحوالة مستوفِيَيْنِ.

على أن هذين الإيرادين إنما ورودهما على رأي من يرى عدم سقوط حق الحبس في هذه الحال رغم انتقال الدين وبراءة المدين، لأن هذا الانتقال مؤقّت. ولكنهما لا يَرِدان على رأي أبي يوسف الذي يرى سقوط حق الحبس بهذه الحوالة، كما سبق بيانه (ر: ف/١٠)

٢٣–الايراد الحادي عشر: (وقد أورده صاحب العناية على الهداية) أن الحوالة بغير رضا المحيل، وهي الـتي تجري بين المحال والمحال عليه، حوالة صحيحة – على رواية الزيادات – ومع ذلك فالدين في ذمة المحيل لم يتحول ولم ينتقل.

وجوابه: ان الدين ينتقل في هذه الحالة أيضاً، بدلالة سقوطه بعد أدائه. هكذا أجاب الشيخ أكمل الدين [١].

لكن لم يرتضِه الكمال بن الهمام في فتح القدير لأن الانتفاء من الوجود غير النقل، ولأن مقتضاه أن الكفالة بغير إذن المكفول عنه نقل دين أيضاً، وليس كذلك، وعنده أن الحوالة بغير رضا المحيل ليست حوالة من كل وجه، بل ليس فيها من الحوالة إلا اللزوم على المتحمِّل، دون انتقال الدين على المدين فهي في حقيقة الأمر حَمالة، كما قال المالكية، لا حَوالة، إذْ لا توجد الماهيَّةُ إلا بتمام أجزائها [٢].

(١) العناية على الهداية ٥/٤٤٦.
(٢) فتح القدير على الهداية ٥/٤٤٧.

المبحث الثالث

مشروعية الحوالة وصفة ثبوتها

المطلب الاول

مشروعية الحوالة ودليلها

٣٤- الحوالة بالدين جائزة ، يدل لذلك السنة والإجماع والعقل :

٣٥- (أ) أما السنة :

فقد روى الجماعة [١] من حديث أبي هريرة أنه صلوات الله عليه قال : « مَطْل الغني ظلم ، وإذا أُتبع أحدُكم على مليء فليتّبع » [٢] ، وفي لفظ عند الطبراني في الأوسط : « ومن أُحيل على مليء فليتَّبع » وفي آخر عند أحمد وابن أبي شيبة : « ومن أُحيل على مليء فليحْتَلْ » وقد يروى بفاء التفريع : « فإذا أُحيل أحدكم على مليء فليتّبع » [٣] ، فيفيد أن ما قبله عِلّته ، أي إن مَطْل أهل المَلاءة واليسار ظلم محرم في الإسلام ، فلا يخشينَّه مسلمٌ فيأْبى من خشيته قَبولَ الحوالَة على مَليء بل إنه لمأمور بقبولها .

٣٦- ولكن هل هو أمر إيجاب أم ندب أم إباحة ؟ قال بالأول أحمد والظاهرية وأبو ثور وابن جرير ، لأنه الأصل في صيغة الأمر ، وقال بالثاني أكثر أهل العلم ، ومنهم من يصرح بتقييده بأن يكون المليء ليس في ماله شبهةُ حرامٍ [٤] ، وإنما صرفوا الكلام عن ظاهره إلحاقا للحوالة بسائر المعاوضات ، لأنها لا تخلو من شَوب معاوضة .

واستظهر الكمال بن الهُمام أنه أمر إباحة [٥] لأن أهل الملاءة قد يكون فيهم اللَدَد في الخصومة والمَطْل بالحقوق ، وهوضررلايأمرالشارع بتحمله ، بل بالتباعد عنه واجتنابه . فمن عرف منهم بحسن القضاء استحب اتباعه ، تفادياً للمساس بمشاعره ، وتنفيساً عن المدين نفسه ، ومن جُهل حالُه فعلى الإباحة ، إذ لا ترجيح بلا مرجِّح [٦] .

٣٧- (ب) وأمّا الإجماع :

فقد انعقد على جوازها ، لدعاء الحاجة إليها ، والدِّين يُسر ، ولا عبرة بخلاف الأصم [٧] .

٣٨- (ج) وأمّا العقل :

(فأولاً) - القياس على الكفالة ، بجامع أن كُلّاً من الحويل (المحال عليه) والكفيل قد التزم ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه ، وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الدين ، فلا تمتنع هذه كما لم تمتنع تلك .

(ثانياً) - قياس المجموع على آحاده : ذلك أن كُلّاً من نوعَي الحوالَة (المطلقة أو المقيَّدة) يتضمن تبرع المحال عليه بالالتزام والإيفاء ، وأمرَه بالتسليم إلى المحال ، وتوكيلَ المحال بالقبض منه . وما منها خَصلة إلا وهي جائزة على الانفراد ،فلتكن كذلك عند الاجتماع [٨] بجامع عدم الفرق .

---

(١) أحمدوالبخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة .

(٢) نيل الأوطار ٢٣٧/٥ قال جمهور المحدّثين : إن تاء (فليتبع) مشددة ، والاستعمال القرآني يؤيده : « فاتّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » سورة البقرة / ١٧٨ ولكنهم ينقلون عن الخطابي أن الصواب في الحديث التخفيف من حيث الرواية .

(٣) فتح القدير على الهداية ٤٤٤/٥

(٤) البجيرمي على المنهج ٢٠/٣

(٥) كأنه لأن الحوالة آتية على خلاف القياس في نظر الأكثرين، فهو أمر بعد حظر، إلا أن هذا أشبه بطريقة الشافعية منه بطريقة الحنفية كما سيتبين (ر : ف / ٤٦) ثم ذكر تفصيلاً تشهد له تصرفات الشرع ولا يمكن تحميله على اللفظ الوارد .

(٦) فتح القدير على الهداية ٤٤٤/٥ والبجيرمي على المنهج ٢٠/٣ والمغني لا بن قدامة ٦٠/٥

(٧) مطالب أولي النهى ٣٢٤/٣

(٨) الزيلعي على الكنز ١٧٤/٤

٣٩ – وقد اعتبر الإمام أحمد في المليء الذي يجب قَبول الحوالَة عليه مَلاءته بماله ، وبقوله ، وببدنه ، أي أن يكون قادرًا على الوفاء ، غير جاحد ،ولا مماطل ، كما هو المتبادِر ، وكما فهم ابن قدامة في المغني[١] . ولكن متأخري الحنابلة على أن الملاءة بالقول تعني عدم الجَحْد وعدم المماطلة ، ويفسرون المَلاءةبالبَدَن بإمكان إحضار المحال عليه إلى مجلس الحُكْم . ولذا لا يجب عندهم على المحال قبول الحوالة على أبيه ، دون رضاه ، ولا على من لا يخضع لحكم بلده ، وبالتالى لا يجبر المحال على هذا القبول .

ولم يعتبروا في القدرة على الوفاء أن تكون ناجزة ، فذو المال الذي لا تصل إليه يده الآن لأَمرٍ ما هو مليءٌ ما دام على ما وصفنا[٢] ، وهو خلاف ما قرره ابن حزم الظاهري من أنه لا بد أن يكون «مليئاً يعجل الإنصاف (أي الأداء) بفعله لابقوله »[٣] .

٤٠ – والمليءُ في اللغة (أو المليّ بتشديد الياء دون همز) : هو الغنيّ المقتدر ، كما في المصباح ، فهذه التفسيرات التي يذكرها الحنابلة ليست إلا بياناً للمراد به عندهم في هذا المقام ، أو للمراد به في الحديث : « إذا أُتبع أحدكم على مليء فليتّبع »بالقرائن الحافَّة ، لا بمقتضى وضع اللغة ، وعلى مِنوالهم نسج ابن منظور في اللسان إذ يقول : « والمليءُ – في حديث الدَّيْن – الثقةُ الغَنِـيّ » فجمعت كلمة « الثقة » ما أضافه الحنابلة وأَرْبَتْ .

ولذا نجد بعض الشافعية – حين أراد أن ينص على شرائط استحباب قبول الحوالة – يجعل الملاءة شيئاً ، وكُلًّا من الإقرار بالدَّيْن وعدم المماطلة شيئاً آخر . وذلك إذ يقول : « يسن قبولها على مليءٍ ، مقرٍّ ، باذل ، لا شُبهة في ماله »[٤] .

٤١ – وفسر الأزهري – أخذًا من أصل معنى المادة : (م ط ل) وهو المدّ – المطلَ في الحديث بإطالة المدافعة. ويقرب منه ما قاله ابن سِيدَهْ من أنه التسويف في الوعد . فهذا هو المطل الذي يفسق به فاعله : أن يتكرر الطلب من الدائن والمدافعة من المدين ، أكثر من مرتين ، إذ هذا هو الذي يَصْدُق عليه طول المدافعة ، أما المدافعة مرة أو مرتين فارتكاب مأْثم ، ولكنه لا يبلغ أن يكون فسقاً ، بل كذلك ما زاد عن المرتين ممن طاعاته أكثر من معاصيه كما هو مقرر في حد العدالة عندهم . هذا إذا جرينا على أن أصل المماطلة صغيرة من الصغائر ، كما ذكر النووي أنه مقتضى المذهب الشافعي ، وليس من الكبائر كما عليه التقيُّ السُّبْكيُّ ، وإلا فَسَقَ المماطل بمرةٍ واحدة وتُرد شهادته ، وعليه الإباضية[٥] .

وهذا كله في دين المعاملة ، أما دين الإتلاف والاغتصاب فيجب دفعه فورًا من غير انتظار طلب . فيأْثم بمجرد التأْخير ، ثم إذا طولب ومَطَل مرةً واحدة فسق ، لأنه حينئذ يشبه الغصب ، إذ صاحب الدين لم يرض بذمته ، بخلاف دين المعاملة ، هكذا قرره الشافعية وعليه الإباضية[٦] . إلا أن السُّبْكي يستدرك قائلاً : بل دين المعاملة كذلك ، لأن منع الحق

---

(١) المغني لا بن قدامة ٦٠/٥
(٢) مطالب أولي النهى ٣٢٨/٣
(٣) المحلى ١٠٨/٨

(٤) حاشية الباجوري على ابن قاسم ٣٩١/١
(٥) شرح النيل ٤٤٠/٤
(٦) نهاية المحتاج على المنهاج بحواشيها ٤٠٨/٥ ، والبجيرمي على المنهج ١١٩/٣ وشرح النيل ٤٤٠/٤ –٤٤١

بعد طلبه دون عذر يجعله في معنى الغصب أيضا[١] ، ومثله لابن حجر [٢] .

ومعنى ذلك أن دين المعاملة لا تجب المبادرة بدفعه قبل طلبه ، بل صرح الخطيب الشربيني بعدم وجوب الأداء قبل المطالبة مطلقاً . ونص عبارته : «أما قبل المطالبة فلا يجب الأداء ، وإن كان سبب الدَّين معصيةً ، ولا ينافيه الوجوب في هذه الحالة للخروج من المعصية ،لأن الكلام في الوجوب للحلول »[٣] .

ومثله للإباضية أيضاً والحنابلة ، وزاد هؤلاء (الحنابلة) أن الوفاء لا يكون واجباً قبل المطالبة «ولو عُيِّن له وقتٌ »[٤] .

وقريب من ذلك مذهب الشيعة الإمامية : فإنهم قيَّدُوا أصل العصيان بالمطالبة ، وقيَّدُوا الفسق بالإصرار على المماطلة . فتُردُّ إذنْ شهادةُ المماطل المصرّ ، لكن بمجرد امتناعه عن الدفع بعد المطالبة يجب على الحاكم حبسه إلى أن يقضي دينه من ماله ولو بيعاً عليه [٥] .

أما المالكية فقد أطلقوا اعتبار المماطل القادر على الوفاء فاسقاً ، ولم يقيدوه بالتكرار بل قال الباجيُّ : « المَطْل منعُ قضاءِ ما استُحق قضاؤُه »[٦] وهو موافق لما قاله الحافظ ابن حجر في فتح الباري ، ونقله عنه الشوكاني ، من أن المَطْل في الحديث : تأْخير ما استُحق أداؤُه بغير عذر [٧] .

(١) نهاية المحتاج ٤٠٨/٥
(٢) الزواجر ٢٠٣/١
(٣) مغني المحتاج شرح المنهاج ١٥٧/٢
(٤) مطالب أولي النهى ٣٦٨/٣
(٥) تذكرة الفقهاء ٢/٢
(٦) المنتقى على الموطأ ٦٦/٥
(٧) نيل الأوطار ٢٣٧/٥

ولم نَرَ للحنفية نصّاً فيه سوى قولِهم بحبس الموسر جزاءَ مَطْله[٨] ، حتى إن العينيَّ لَمَّا كان بصدد ذلك ـ في شرح البخاري ـ لم يذكر ما عندهم فيه[٩] .

٤٢ ـ وقد حكى ابن حزم مناقشة طريفة ممن لا يرون ان الأمر في حديث الحوالة للوجوب ، خلاصتها : أنهم يقولون بأن حمله على الوجوب يعود على الموضوع بالنقض ، إذ المقصود بالحوالة إنما هو الاستيفاء ، ووجوب قَبولها قد يحول دونه ، ذلك ان المحال عليه قد يحيل على ثانٍ ، والثاني على ثالث ، وهكذا دوالَيكَ ، فمتى يصل المحال إلى حقه ؟

وقد رد ابن حزم عليهم بأن هذه منهم معارضة لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأن ما اعترضوا به فاسدٌ لأن المحال عليه الأول إن كان غيرَ مَليءٍ فالحوالة عليه باطلةلم يؤمر بقبولها ، وإن كان غنياً فالإحالة منه مطل من غني وهو ظلم بالنص فتكون باطلة أيضاً ، لأن الحوالة على من يُعجِّل الإنصاف (الأداء) بفعله لا بقوله [١٠] .

٤٣ ـ أمّا الأدلة التي يسوقها الحنفية ، وموافقوهم ممن ذكرنا آنفاً (ر : ف / ٣٤) على مشروعية الحوالة بنوعَيْهَا : الحوالة المطلقة ، والحوالة المقيدة ،

(٨) البحر الرائق ٣٠٨/٦
(٩) العيني على البخاري ٦٦٣/٥
(١٠) المحلى ١١٠/٨
ولا يخفى أن رأي القائلين بعدم الوجوب انما هو فهم اجتهادي منهم لكلام الرسول عليه السلام وحمل له في نظرهم على المعنى السالم الذي لا يترتب عليه خلل أو فساد فلايجوز أن يوصف بأنه معارضة للحديث النبوي ، فحاشا مسلماً أن يجول بخاطره شيء من هذا . وما رد به ابن حزم ليس بوارد ، فإن الملاءة ليست دائماً من الوضوح بحيث يبنى عليها مثل هذا الوجوب ، كما أن اعتبار الحوالة الثانية مطلا من غني فيه نظر ، لأن الإحالة قد يحتاج اليها الغني ، بدليل أن المحيل الاول لم يشترط أحد أن يكون فقيراً . (خبير الموسوعة) .

فإن الأئمة الثلاثة ومن معهم إنما ينازعون في إثبات الحوالة المطلقة . وهذا هو معنى قول مخالفي الحنفية : «حيث لا معاوضة فلا حوالة»[1] .

وإذن تكون الحوالة رخصة شرعت في حالة خاصة - هي حالة الوفاء ببيع الدين من غير من هو عليه - لرفع الحرج عن الناس حيث لا يغني غناء الحوالة شيء . أما فيما عدا هذه الحالة ففي الضمان على سعة مجاله - غَنَاءٌ أيُّ غَنَاء : ذلك انه يجمع التنفيس عن المدين والتوثيق للدائن .

على أن هنالك جمهرةً كبيرةً من أهل العلم تجعل الضمان كالحوالة عند الجماهير تماماً ، من حيث براءةُ الأصيل ، وعدمُ إمكان رجوع الدائن عليه فيما بعد ، سواءٌ تَوِيَ الدين أم لم يَتْوَ . ومن هؤلاء الظاهريةُ ، والإماميةُ ، والحسنُ البصري في رواية ، وابنُ سيرين ، وابنُ أبي ليلى ، وابنُ شُبْرُمة ، وأبوثور[2] .

بل من المفرّقين بين الحوالة والضمان ، بترتيب هذه البراءة النهائية على الحوالة دون الضمان ، من يُقِرُّ نتيجة مسلك هذه الجمهرة - بناءً على صحة العقد والشرط الذي يتضمنه - في كل حوالة على غير مدين : ذلك أنه يجعل الحوالة على غير مدين من قبيل الضمان بشرط براءة الأصيل فهي ضمان ، لأنها على غير مدين ، وشرط براءة الأصيل مستفاد من استعمال لفظ الحوالة في هذا الضمان ، لأن هذا هو مقتضى الصيغة المعبرة عن مقاصد المتعاقدَيْنِ . وهي وجهة نظر لا بأس بها حُكيت عن الجُويني من الشافعية . والخلافُ المشهور في كل عقد وشرط يجيء على اطراده في الضمان بشرط براءة الأصيل . فهي آراء ثلاثة في الشرط المصاحب للعقد :

(١) صحة العقد والشرط .

(٢) بطلانهما معاً .

(٣) صحة العقد وبطلان الشرط . وسيجيء لنا الفصلُ في هذا الخلاف بعد (ر : ف/ ٣٠٠) .

٤٤ - وقد سلك الباجيُّ مسلكاً آخر لإبطال الحوالة على غير مدين ؛ وإن شئت فقل الحوالة المطلقة ؛ ذلك أنه يقول : إن المحال - في هذه الحالة - يبيع من المحال عليه دَينه على المحيل بدين يثبت في ذمته . فتبقى ذمة المحيل وذمة المحال عليه مشغولتين كُلٌّ بدَيْنٍ فيها ، وكلٌّ واحدٍ من الدَيْنين عِوَضٌ عن الآخر ، وذلك لا يجوز . لأنه من قبيل بيع الدَين بالدَيْن . فلكي يصح ، يجب أن يُعدل به عن طريق البيع إلى طريق الكفالة ، لأنها من صنيع المعروف ، فذمة الكافل لا تشغل بما على المكفول إلا على وجه القرض والرِفق ، لا على وجه المعاوضة .

أما الحوالة الصحيحة - يعني حين يكون المحال مديناً - فليست بيعاً ، بل قبضاً في المعنى ، إذ المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة[3] .

٤٥ - ومِن ثَمَّ ينص المالكية على أنه إذا كان دَين المحال عليه لا يفي بدَيْن الحوالة كله يكون العقد في واقع الأمر عقدين : عقد حوالة ، فيما له

---

(١) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٩٤ والمغني لابن قدامة ٥/ ٥٧

(٢) المحلى ٨/ ١١٣ وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٦ والروضة البهية طبع جامعة النجف ٤/ ١٤٥

(٣) المنتقى على الموطأ ٥/ ٦٧

وربما كان أقرب وأدنى إلى التسليم لو أوجز فقال : إن الحوالة المطلقة من قبيل الكالئ بالكالئ ، وهي الصورة الوحيدة الممنوعة من بيع الدَين بالدَين ، أما الحوالة المقيدة بدَين فمن قبيل بيع الدين أيضاً ، ولكن ليست كالئاً بكالئ ، كما سيجيء لابن تيمية (ر : ف/ ٥٠) .

وفاءٌ ، وعقد حَمالة ، فيما زاد[1] ، وهي من مسائل تفريق الصفقة ، وفيها الخلاف المعروف[2] (ر : ف / ١٧٤) .

المطلب الثاني
هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين ؟

٤٦ – هكذا قيل عند الحنفية والحنابلة[3] وغيرهم ، وهو أصح الوجوه عند الشافعية ، ونُسب النص عليه إلى الشافعي نفسِه لأن كل واحد ملك بها ما لم يكن يملك ، فكأنما المحال قد باع ماله في ذمة المحيل بما لهذا في ذمة مدينه . وعبارة صاحب المهذب من الشافعية : « الحوالة بيع في الحقيقة : لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو أن المحيل يبيع ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من الدَّين »[4] وجزم به ابن حزم[5] ، وصاحب شرح النيل من الإباضية[6] ، وابن رشد الجفيد من المالكية أول كلامه ، إذ يقول بإطلاقٍ : « والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدَّين بالدَّين »[7] .

فالحوالة ، على هذا ، بيع دين بدين ، أو كما يقول في الحاوي الزاهدي : « هي تمليك الدَّين من غير من هو عليه »[8] ، والقياس امتناعه ، ولكنه جُوِّز للحاجة ، رخصة من الشارع وتيسيرًا : فكثيرًا ما يكون المدين مماطلاً ، يؤذي دائنيه بتسويفه وكُذوب وعوده ، أو بمشاغباته وضيق ذات يده ، وربما كان له دَين على آخر هو أَلينُ عريكةً ، وأحسن معاملة ، وأوفر رزقاً ، فيرغب دائنو الأول في التحول إلى هذا توفيرًا للجهد والوقت ، واتقاءً لأخطار الخصومات ، وتحصيلاً لجزء من المال عاطل ، يمكن أن تنمي به ثروة ، أو تسد به خَلّة . فرُخِّص في الحوالة من أجل هذا وما شاكله ، إذ لو لم تشرع لفاتت كل هذه الأغراض الصحيحة ، ولحاقت بالدائنين أضرارٌ جمة ، « ولا ضرر ولا ضِرار في الاسلام » . والعكس صحيح أيضاً : فربما كان المحال عليه مماطلاً وكان المحال أقدر من المحيل على استخلاص الحق منه ، ولولا الحوالةُ لطال عَناءُ الدائن الضعيف ، أو لضاع ماله . وليس في كل وقت يتاح الوكيل الصالح ، وان أُتيح فقلما يكون بغير أجر . على أن الوكالة لا تغني في الحالة الأُولى ، لأنها عقدٌ غيرُ لازم : فقد

---

(١) المنتقى على الموطأ ٦٩/٥

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٨ وشرح النيل ٦٣٥/٤ – ٦٣٦ . من المفارقات الغريبة ، ان الحنفية يعتبرون الحوالة المطلقة هي الحوالة على التحقيق (ر : ف / ٢٤) وأن الحوالة المقيدة ليست من الحوالة في شيء . ثم يأتي الأئمة الثلاثة ومن وافقهم فيعكسون عليهم القضيتين عكساً صريحاً .

١) – إذْ يعتبرون الحوالة ليست إلا الحوالة المقيدة ، بل المقيدة بالدين على الخصوص وإن لم يَعْرِفوها بهذا الاسم ، إذ يكفي عندهم في اعتبارها مقيدة بالدين أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، وإن لم يصرح المحيل بهذا التقييد .

٢) – وإذْ يعدّون الحوالة على غير مدين ليست من الحوالة في كثير أو قليل ، وإنما هي حَمالة وضمان . ونُقل عن أحمد أنها وكالة في اقتراض – فلايلزم المحال القبول ولا المحال عليه الأداء . (الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ والمهذب ٣٣٨/١ والفروع ٦٣٠/٢) . وبعض شراح القانون المدني يؤيد كلا الفريقين في نفيه دون إثباته (الوسيط للسنهوري ٤٢١/٣) . ولكن جماهير فقهائنا قد أوضحوا أن الحوالة رخصة ، يراد بها التيسير حيث يشق الوقوف في الحدود المرسومة لصحة التعامل عادة .

(٣) المغني لابن قدامة ٥٤/٥ والأشباه والنظائر بحاشية الحموي ٢١٣/٢

(٤) المهذب ٣٣٧/١

(٥) المحلى ١٠٨/٨

(٦) شرح النيل ٦٢٥/٤

(٧) بداية المجتهد ٢٩٩/٢

(٨) حاشية ابن عابدين على البحر ٢٧٤/٦ ومثله في الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١٣/٢

يوكل المدين المماطل دائنه في استيفاء الدين ، ويسلطه على تملكه بعد قبضه ، تحت ضغط ظروف خاصة ،ثم لا يلبث أن يعزله قبل قبضه ،فيعود كمابدأ.

٤٧-ولا يبعد كثيرا عن هذا المذهب من الرأي رأيُ الذاهبينَ إلى أن الحوالة بيعُ عينٍ بعينٍ تقديراً[١] . وقد يوضحه أن المقصود بالدين هو ما صَدَقَهُ الخارجي[٢] ، إذ المعاني الكلية القائمة بالذمة ، كمائة ثوب أو دينار ،لا تُعْنَى لذاتها ، وكذا لا يبعد عنهم الرأي القائل بأنها بيع عين بدين - وهذا قد يقرب من مذهب الحنفية إذا كانت الحوالة مقيدة على ما قرره الزاهدي ، إذ المقصود عندهم بالمبيع عينه ، لتعلق الحاجة بمنفعتها الذاتية ، أما المقصود بالثمن فماليَّتُه[٣] ، ولذا يكون للمشتري تسليم مثله مع بقائه ، ولو تلف أو استحق لا يبطل العقد ، ويُسلَّم المِثل[٤] . نعم في الحوالة المطلقة التي تفرَّد بها الحنفية لا يتصور معنى البيع على حال ،وهي بالحمالة أشبه كما قدمناه (ر : ف / ٣٣) .

٤٨-والقائلون بأن الحوالة بيع : (على أيّ نحو من الأنحاء الثلاثة السالفة) قد نوقشوا مناقشة حامية من قبل مخالفيهم[٥] . فقد قيل لهم - فيما قيل - :

لو كانت الحوالة بيعاً :

أ)- لَكانت على التحقيق - واطّراح التكلف - بيع دَين بدَيْن ، فيحتاج إلى أن يعتذر عنها لمخالفتها لحديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ[٦] ، فيقال بأنها عندئذ رخصة جوزت للحاجة ،وأن التخريج الذي لا يحتاج إلى اعتذار أولى.

ب)-لَمَا جاز التفرُّق قبل القبض ، حين تكون بيعَ رِبَويٍ بربَويٍّ موافقٍ في علة الربا ، بل هي لا تكون إلا كذلك عند من يَقْصُرها على الأثمان.

ج)- لَجَازت بلفظ البيع ؛ وليس كذلك .

د)- لَجَازت بين الجنسين المختلفين كسائر البيوع . وجماهيرُ أهل العلم على أنها لا تجوز إلا مع اتحاد الجنس والصفة والمقدار .

هـ)- لَدَخلتها الخيارات ، ولا خيار فيها ، بل تنعقد لازمةً .

و)- لَمَا انفسخت الحوالَة المقيدة بموت المحيل . مع أنها تنفسخ عند كثيرين كالحنفية .

ز)- لكانت اسماً على غير مسمّى ، إذ في البيع يبقى كل دَين في موضعه كما كان ، ولا كذلك الحوالة بمقتضي مادتها .

ح)- لكان للمحال أن يطالب كُلّاً من المحيل والمحال عليه ؛ الأول بحكم كونه بائعاً فعليه تسليم ما باعه إلى مشتريه المحال لأنه عوض من جهته ، والثاني بحكم كون المبيع تحت يده قياساً على ما إذا باع شيئاً يملكه وهو في يد غيره فإن المشتري يطالبهما به .

---

(١) الحواشي على النهاية شرح المنهاج ٤٠٨/٤.

(٢) الماصدقُ في اصطلاح علماء المعقول هو كلمة مركبة من حرف النفي والفعل الماضي من الصِّدق ، معناها ما يتحقق به مدلول اللفظ في الوجود . ويجعلون إعرابها بحركة على الحرف الأخير (القاف) كما لو كانت كلمة واحدة . فالماصدق الخارجي بالنسبة إلى الدّين هو ما يتحقق به مدلوله من الأعيان الخارجية لأن الاستيفاء هو مقصود الدائن من دينه ، وليس مجرد شَغل ذمة المدين به شَغلاً اعتبارياً . (خبير الموسوعة)

(٣) جامع الفصولين ١٦٤/١ . ونص عبارتهم : « قضية العقد في جانب المبيع ثبوت الملك في العين ، وقضيته في جانب الثمن وجوب الثمن في الذمة » (جامع الفصولين ١٦٤/١) ، لكنهم استثنوا ما إذا كان الثمن بطبيعته سلعة محضة (جامع الفصولين ١٦٧/١) وهي حالة المقايضة وفيها يكون كل من العوضين في المبايعة مقصوداً بالذات لمنفعته لا لماليته فقط .

(٤) الحموي على الأشباه ١٥٨/٢ .

(٥) النهاية على المنهاج وحواشيها ٤٠٨/٤ - ٤١١ .

(٦) انظر في معنى الكالئ بالكالئ ما سيأتي قريبا عن ابن تيمية ف/٥٠

٤٩ - ولكن الإجابة غير عسيرة [١] . ونحن على نسق الإيرادات نسوقها :

أ) - كونها بيعاً هو الذي يتبادر إلى الذهن لأن كُلّاً من المحيل والمحال يملك بها ما لم يكن يملك ، وهذه هي حقيقة المعاوضة تبدو لأول النظر . وتكلُّفُ المعاني واستكراهُها أجدر أن يُعتذر عنه . يؤكده أنها تحتاج إلى الإيجاب والقَبول ليتم التعاقد عليها ، ولو كانت استيفاءً لا عقدًا - كما يرى بعض الآراء المقابلة - لاستغنت عنهما . أما القول باستغنائها عن القبول فكالمطَّرَح عند الجميع .

ب) - إنما لم يلتزم فيها التقابض وإن كان الدَينان رِبَويَّيْنِ لأنها شُرعت رُخصةً للحاجة . على أن الحنفية يوجبون التقابض إذا كان فيها معنى الصرف كما لو كان الدَين ذهباً فأحال عنه بفضةٍ ، ويوافقهم في هذا المالكية [٢] على أن عقد الحوالة نفسه عند كثيرين يعتبر قبضاً [٣] .

ج) - عدم جوازها بلفظ البيع إنما نشأ من أنها جارية مجرى الإبراء ولفظها يتضمنه ، إذ المحيل يبرأ من دَين المحال عند الجمهرة العظمى من فقهائنا إمّا براءة نهائية وإما براءة مؤقتة باستمرار الحوالة وعدم التَوَى (كما تقدم) [٤] . على أنه قد قيل بانعقادها بلفظ البيع مع ما يشعر بمعناها [٥] .

(١) النهاية على المنهاج ٤٠٨/٤ وتذكرة الفقهاء ١٠٨/٢ .

(٢) البحر على الكنز ٢٧١/٦ وفتح القدير على الهداية ٤٤٨/٥ وابن عابدين على الدر المختار ٢٩٢/٤ والخرشي على خليل بحواشيه ٢٣٥/٤ .

(٣) ولا يخفى أنه يمكن القول بأن جواز التفرق قبل القبض هذا من تمام معنى الرخصة في الحوالة ، لأنها موضوعة على الرفق فلا تعود على موضوعها بالنقض ، إذ قد لا يتيسر القبض فتفوت مقاصدها

(٤) ومن الناس من ينظر إلى الصورة والشكل الظاهر عند الحوالة ، إذ يقول : إنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هو عليه ، ولا ممن يدفع عنه فأشبهت الإبراء. (مطالب أولي النهى ٣٢٤/٣) .

(٥) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ .

د) - وإنما لم يجوزوا فيها اختلاف الجنس لئلا تخرج إلى طلب الفضل والزيادة ، وهو خلاف موضوعها من أنها عقد إرفاق كالقرض ، لا عقد مماسكة كالبياعات الصريحة .

هـ) - أما خيار المجلس فقد قيل بقبولها إياه - عند الشافعية والحنابلة - لهذا السببِ عينِه . وكذا تَقبل خيارَ الشرط في مذهب الحنفية [٦] . ولكن الآخَرين ردُّوه بأنَّها جارية مجرى الإبراء ، فلا تحتمل محاولات المكايسة ، ومظاهر التغابن ، ولا سيما خيارُ الشرط الذي هو أشد إغراقاً بطول زمانه في البعد عن طبيعتها [٧] .

و) - وأما انفساخ الحوالة المقيدة إذا مات المحيل فلا ورود له على غير الحنفية . وإنما انفسخت عند الحنفية لأنهم يعتبرون الحوالة المقيَّدة وكالة ، كما سبق بيانه (ر : ف/٢٤) وابنُ نجيم يصرح بهذا التعليل نفسه [٨] .

ز) - وعند إنعام النظر يتبين أن كُلّاً من الدينين يبقى في موضعه ويَخْلُف كلٌّ واحد من المحيل والمحال صاحبَه في دَينه . لكن مجرد ثبوت حق المطالبة في المحل الجديد لطالب جديد - وهو المحال - كافٍ لاعتبار أن الدين في هذا المحل قد قام مقام الدين في المحل الأول ، وهو تحوُّلٌ حكمي لا خَفَاءَ فيه ، وهذه حقيقة أدركها فقهاؤنا ، وقرَّروها في كتبهم - كما تبين عند مقارنة المذاهب في تعريف الحوالة - قبل أن يفطن لها شراح القانون الوضعي بقرون طويلة [٩] .

(٦) الحموي على الأشباه ٣٢٨/١

(٧) المهذب ٣٣٨/١ والمغني لابن قدامة ٥٤/٥

(٨) البحر على الكنز ٢٧٤/٦

(٩) الوسيط للسنهوري ٤١٩/٣ حاشية رقم ٤ .

ح) ـ وأما الإيراد الأخير فإنما منع من مطالبتهما في الحوالة أن الحوالة موضوعة على ألاّ يُستفاد بها مزيدٌ . ولا يوجدُ هذا المانع في جانب البيع .

٥٠ ـ على أن ابن تيمية وتلميذه ابنَ القيِّم لا يُسلّمان بأنّ الحوالة واردةٌ على خلاف القياس وإن كان فيها بيعُ دَينٍ بدَينٍ . وفي ذلك يقرر ابن القيم في اعلام الموقعين أن امتناع بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ، ولا إجماع . وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ ، والكالئ هو الشيء المؤخر الذي لم يقبض كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة ، وكلاهما مؤخّرٌ ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ؛ وهو بيع كالئ بكالئ . وأما بيع الدين بالدين فهو على أربعة وجوه : إما أن يكون بيع واجب بواجب كالصورة التي ذكرنا ، وهو الممنوع ، أو يكون بيعَ ساقط بساقط (كما في صور المقاصّة)[1] ، أو يكون بيعَ ساقطٍ بواجبٍ (كما لو باعه دَيناً له في ذمته ، بدين آخر من غير جنسه) : فقد سقط الدين المبيع ووجب عوضه ، أو يكون بيعَ واجبٍ بساقط (كما لو اشترى من مدينه قمحاً على سبيل السَّلَم بالدَّين الذي له عليه فقد وجب له عليه دَينٌ ، وسقط عنه غيرُه) . وقد حكى بعضهم الإجماعَ على امتناع هذا شرعاً ، ولا إجماعَ فيه[2] . ونقل تلميذه ابن القيم عنه اختيار جوازه ، ثم قال : «وهو الصواب ، إذ لا محذور فيه ، وليس بيعَ كالئٍ بكالئٍ فيتناولَه النهيُ بلفظه ، ولا في معناه فيتناولَه بعموم المعنى .

فإن المنهي عنه . قد شُغلت فيه الذمتان بغير فائدة : فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله ، وينتفع صاحب المؤخر بربحه ، بل كلاهما شغلت ذمته بغير فائدة . وأما ما عداه من الصور الثلاث فلكل منها غرض صحيح ، ومنفعة مطلوبة ، وذلك ظاهر في مسألة التقاصّ : فإن ذمتهما تبرأ من أسرها ، وبراءة الذمة مطلوب لهما وللشارع . وأما في الصورتين الأخيرتين : فأحدهما يعجل براءة ذمته ، والآخر ينتفع بربحه ؛ يعني فثَمَّ نفعٌ في مقابلة نفع ،فتجوز ، كما في بيع العين بالدَّين ، سواء اتحدت الذمة أم اختلفت[3] .

٥١ ـ أقوال أُخَر : وهناك أقوال كثيرة أُخَر ، حتى لقد حاول السيوطي أن يجعل مجموع الأقوال عَشَرةً تفصيلاً ، وستةً إجمالاً . [ولعله سقط أحد الأقوال : وهو رأي الذاهبين إلى أن الحوالة إسقاط بعوض ، لأنه في كلام الأذرعي ومنه استقى السيوطي ، فيما يبدو[4] .] ونص عبارته : «في حقيقتها عشرة أوجه : بيع دَين بدَين جوز للحاجة ، وقيل عين بعين ،وقيل عين بدَين ، وقيل ليست بيعاً بل هي استيفاء وقرض ، وقيل لا تخص واحدًا (أي لا يتعين تفسير الحوالة بأحد هذه الوجوه) ، وإنما الخلاف في (الشَّوب) المغلَّب : فإن غُلِّب البيعُ جرَت الأوجه السابقة . فهذه تسعة ، والعاشر ضمان بإبراء »[5] .

فالستة المجملة هي :

١ ـ بيع .

٢ ـ استيفاء .

٣ ـ بيع مشتمل على استيفاء .

---

(١) يتضح من سياق كلامه أن مراده بالدين الواجب هو الثابت الذي ينشئه العقد نفسه لا الواجب قبلا ، وكذا مراده بالساقط الدين الذي يسقطه من الذمة العقد نفسه وبهذا التفسير يصبح كلامه واضح الصور .

(٢) اعلام الموقعين ١/٣٨٨ ـ ٣٨٩ .

(٣) اعلام الموقعين ١/٣٨٨ ـ ٣٨٩ .

(٤) النهاية وحواشيها على منهاج الطالبين ٤/٤٠٨

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٣٦ .

٤ ـ استيفاء مشتمل على بيع .

٥ ـ إسقاط بعوض .

٦ ـ ضمان بإبراء .

وإذا أدمج الثالثُ والرابعُ في قولٍ واحد لتقاربهما يُرى في هذه الأقوال الستة ثلاثةٌ جديدة في تخريج الحوالة ، هي أنها :

١) ـ استيفاء وقرض : كأن المحال استوفى ما على المحيل ، وأقرضه للمحال عليه [١] . والحنفية يجعلون مكان القرض الوكالة ، كما سترى .

٢ ـ أو بيع مشوب باستيفاء ، أو استيفاء مشوب ببيع : وإلى هذا مَيْلُ متأخري الشافعية ، أخذًا بما جزم به القاضي حسين ، وإمام الحرمين ، ووالده ، والغزالي ، [٢] لاختلاف التفريع تبعاً لملاحظة الأغلب والأثبت من الشوْبَين . قال ابن الحدّاد : والتفريع على قول البيع لم أره مستمراً [٣] ، ومن ذلك خلافُهم في حوالة البائع بالثمن إذا فسخ البيع فيما بعد : هل تبطل الحوالة أم لا ؟ فالذين أبطلوها بنوا على أنها استيفاء ، والذين لم يبطلوها بنوا على أنها بيع . وكان مقتضى النظر أن يرجح الشافعية الثاني ، ولكنهم رجحوا الأول فحكموا ببطلان الحوالة بالثمن إذا فسخ البيع ، تفريعاً على قول الاستيفاء [٤] .

٣) ـ أو ضمان بإبراء : أي بشرط براءة الأصيل . ومن المعهود عند الحنفية والزيدية أن يجعلوا ذلك من الصِيَغ التي تنعقد بها الحوالة حين تقع الكفالة بشرط براءة الأصيل فيعتبرونها حوالةً ، فليس بعيدًا أن ينسب هذا التفسير إليهم مع آخرين من غيرهم .

وقد فات السيوطي قولان آخران ، بل ثلاثةٌ :

١) ـ مجرد استيفاء حقٍّ [٥] .

٢) ـ إسقاط حقٍّ بعِوَض [٦] .

٣) ـ عقد إرفاق مستقلّ ، ليس بمحمول على غيره .

٥٢ ـ وابن قدامة في المغني يعتبر هذا الأخير هو الصحيح ، لكثرة ما أوردوا من انتقادات على القول بأنها بيع [٧] . ولعله صدىً للمعتمد عند الحنفية ، إذ يقولون : « الحوالة ما وضعت للتمليك ، وإنما وضعت للنقل » [٨] ، أو لقول بعض الشافعية ، كما يفهم من عبارة صاحب المهذب : « إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه ، وبرئت ذمة المحيل ، لأن الحوالة إما أن تكون تحويلَ حقٍّ ، أو بيعَ حقٍّ ، وأيُّهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل » [٩] . وهو عند المالكية صريح كلامهم في تعليل شريطة تساوي الدَّينين قدرًا وصفةً : هذا ابن رشد الحفيد نفسه ـ على خلاف ما تقدم له ـ يعود فيقول : « لأنه إن اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم يكن حوالة ،

(١) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ .
(٢) النهاية على المنهاج بحواشيها ٤٠٨/٤ .
(٣) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ .
(٤) البجيرمي على المنهج ٢٣/٣ وانظر نظائره في الأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٢ .

(٥) يحتمل أن هذا هو الذى أراده الخطيب في شرح المنهاج ، حين قال : « وقيل استيفاء ، وهو المنصوص في الأم » (الأم ١٩٣/٢) وإن كان أكبر الظن أنه لم يرد الاستيفاء الخالص ، كما جزم به محققو المذهب . ولم نعثر في الأم على هذا النص ، ليمكن تحديد المراد منه .
(٦) النهاية على المنهاج ٤٠٨/٤ .
(٧) المغني لا بن قدامة ٥٤/٥ .
(٨) ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٤/٤ .
(٩) المهذب ٣٣٨/١ . هذا ويلحظ في بعض تلك الأقوال الستة الآنفة الذكر ما يلي :
أ) ـ أما قول الإسقاط بعوض : فناظر إلى جانب المحال ـ كما أن قول الضمان بإبراء ناظر إلى جانب المحال ـ

فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدَين بالدَين [١] . إلا أن يكون تأويل كلامه ما قاله بعض المالكية : «إن الحوالة من أصلها مستثناة من بيع الدَيْن بالدَين ، فهو لازم لها ، إلا أنه إذا استوفيت شرائط الصحة كان ذلك هو محل الرخصة» [٢] ، وإذنْ يظل المالكية - قولاً واحدًا - مع القائلين بأن الحوالة مستثناة من بيع الدَين بالدَين . ولكن الواقع أن الخلاف ثابت عندهم ، غير أن أكثرهم على أنها مستثناة من بيع الدَيْن بالدَيْن [٣] .

= عليه - إلا أن تكون العوَضية فيه انتهاءً بالمقاصة ، لا ابتداءً بالعقد ، فيكون عندئذ ناظراً الى الجانبين ، وسيجيء ما فيه . ثم هما لا يستقيمان عند من لا يشترطون رضا المحال والمحال عليه ، كالحنابلة والظاهرية ، ولا عند غيرهم :

- فأما فكرة الإسقاط بعوض، بالنسبة إلى المحال، فإنها تقتضي الرجوع إذافات هذا العوض . وليس هذا على اطلاقه مذهب أحد سوى الناصرِ من الزيدية (البحر الزخار ٥/٦٨) .

- وأما فكرة الضمان بإبراء ، بالنسبة الى المحال عليه - فإنها لا تستقيم مع رأي من لا يشترط رضا المحال عليه الملتزم بهذا الضمان .

ب) - وأما قول الاستيفاء المجرد : فملحظه فيما يبدو أن ليس في الحوالة إلا قيام المحال عليه مقام المحيل في إيفاء الدائن ، واستيفاء الدائن شيء واحد لايختلف ذاتاً باختلاف موفيه . ولكن لوصح هذا الملحظ لوجب إجبار المحال على قبول الحوالة . ثم لا يخفى ما في هذا القيام نفسه من شوب المعاوضة وهي عقد ، ولا تمام للحوالة دون هذا الشوب . ولذا نجد ان ابن تيمية (في كلامه الآتي قريباً في الفقرة التالية) قد لحظ هذا الملحظ نفسه ، ولكنه لم يغفل عن هذه الضميمة (شوب المعاوضة) وما تنطوي عليه من فحوى ونتيجة .

(١) بداية المجتهد ٢/٣٠٠ (والمراد أنه اذا اعتبر من قبيل البيع أصبح خاضعا لحكم بيع الدين بالدين الذي ورد فيه النهي عن بيع الكالئ بالكالئ) .

(٢) الخرشي على خليل بحاشية العدوي ٤/٢٣٤ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٢٥ .

٥٣ - واليك ما قاله ابن تيمية :

«الوجه الثاني : (يعني مما يبين أن الحوالة على وَفْق القياس) أن الحوالة من جنس إيفاء الحق ، لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدَيْن عن الدَيْن الذي في ذمة المحيل ، ولهذا ذكر النبي صلى الله عليه وسلم الحوالة في مَعْرِض الوفاء ، فقال في الحديث الصحيح : «مَطْلُ الغنيِّ ظُلم ، وإذا أُتبع أحدكم على مليءٍ فليتَّبع» : فأَمَر المدين بالوفاء ، ونهاه عن المَطل ، وبيَّن أنه ظالم إذا مَطَل ، وأَمَر الغريم بقبول الوفاء إذا أُحيل على مليء . وهذا كقوله تعالى : «فاتِّباعٌ بالمعروف وأداءٌ إليه بإحسان» : أَمَر المستحِقَّ أن يطالب بالمعروف ، وأَمَر المدين أن يؤدي بإحسان . ووفاء المدين ليس هو البيع الخاص ، وإن كان فيه شَوْب معاوضة . وقد ظن بعض الفقهاء أن الوفاء إنما يحصل باستيفاء الدَيْن بسبب أن الغريم (الدائن) إذا قبض الوفاء صار في ذمته للمدين مثله ، ثم إنه يقاصُّ ما عليه بما لهَ . وهذا تكلّف أنكره جمهور الفقهاء ، وقالوا بل نفسُ المال الذي قبضه يحصل به الوفاء ، ولا حاجة إلى أن يقدَّر في ذمة المستوفي دَينٌ . وأولئك قصدوا أن يكون وفاء دين مطلق بدين مطلق ، وهذا لا حاجة اليه : فإن الدَين من جنس المطلق الكُلّي ، والمعين من جنس المعين ، فمن ثبت في ذمته دَين مطلق كُلّيٍ فالمقصود منه هو الأَعيان الموجودة ، وأيُّ معين استوفاه حصل به المقصود من ذلك الدَين المطلق» [٤] .

وهو يريد «ببعض الفقهاء» الحنفية [٥] . بل

(٤) اعلام الموقعين ١/٣٨٩ - ٣٩٠ .

(٥) راجع الأشباه والنظائر مع الحموي ٢/٢٠٩ - ٢١٠ .

إن أبا حنيفة لَيَرَى أن استيفاء الدين من المدين الأصلي، لا يتصور فيه استيفاءُ عين الدين، لأنه مال حكميٌّ مقدَّر في الذمة، وإنما تقضى الديون بأمثالها، فاستيفاء الدين نوع من المعاوضة، أي معاوضة العين المأخوذة بما في الذمة [١].

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٥.

وعلى كل حال فجذور المعاوضة أرسخ في موضوعنا (الحوالة) من أن يمكن تجاهلها. وواضح جِدّ الوضوح أن الدائن إنما يملك أصالةً حقّ الاستيفاء من مدينه هو، لا من غير مدينه. فاذا ملك حق الاستيفاء من غير مدينه، عن طريق الحوالة، فلا بد أن هناك حلقة مفقودة في البين، استعيض فيها دَين هذا بدَين ذاك: وقد رأينا بعض فقهائنا يصورها في جانب المستوفي بالقرض، ويقول: «كأن المحال استوفى ما على المحيل وأقرضه المحال عليه» (مغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٣). وقد رأينا الحنفية، إلى ما عندهم من أن كل قضاء دين فهو معاوضة، يصورون الحوالة المقيدة في جانب المدين الاصلي بالوكالة ويقولون: «إنها توكيل بالأداء والقبض» (المبسوط للسرخسي ٢٠/٥٤) كأن المدين الأصلي قد وكل المستوفي في قبض دينه من المحال عليه ووكل المحال عليه في إقباضه إياه. وأيّاً ما كان فثَمّ اعتياضٌ بحق. فلِمَ لانقول مباشرة: إنه بيع، وندَع كل هذا اللّفّ والدوران والتكلّف واعتساف الوسائط، لا سيما والعبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ، على ما هو التحقيق.

على أن التفريع الفقهي قد ينبو بكلا الزعمين (زعم القرض، وزعم الوكالة). ذلك أن الأجل، مثلاً، في القرض لا يلزم، وهو في الحوالة لازم عند مسوغيه، والوكالة عقد جائز (غير لازم)، والحوالة ليست كذلك، ثم الوكالة باستيفاء حق لا تتوقف على رضا المدين به، والحوالة تتوقف عند مفسريها بالوكالة. كما سيجيء. فعلامَ ركوب الصعب وولوج المضايق؟

أمّا أن يقول قائل: إن الحوالة استيفاء محض وليست بعقد، فهذا مالا مساغ له في فقه صحيح.

وسيأتي في الفصل الأخير من هذا الموضوع عند الكلام (نهاية الحوالة بطريق الابراء) مزيد كلام على نظرية الحنفية في أن الديون تقضى بأمثالها، والتعليق عليه، فلينظر (ف/٢٧٢).

بقي الزعم بأنه إذا كانت الحوالة بيع دين بدين، فليس كل «بيع دين بدين من غير من هو عليه» بمحظور أو باطل، إنما المحظور والباطل «بيع الكالئ بالكالئ» بالتفسير الذي سبق نقله عن ابن تيمية (ف/٥٠)، وإذن فيمكن ان يتجنب هذا، ثم تكون الحوالة بعد ذلك على سَنَن القياس، لا مستثناة مما لا يجوز.

فهذا توجيه غير وجيه، إذ إن النهي عن بيع الدّين بالدّين ليس مقصوراً على بيع الكالئ بالكالئ لكونه قد خص هذا النوع منه بنهي صريح، بل النهي عن بيع الدين بالدين على العموم ثابت ضمن النهي عن بيع الغرر في حديث صحيح جاء عند مسلم وأصحاب السنن الاربعة بلفظ: نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر =

=(الجامع الصغير ٦/ ٣٣١ رقم ٩٤٧٤) لخفاء عاقبته من جانبيه، اذ لا يدرى أيكون وفاء أم لا (بداية المجتهد ٢/١٢٦) فإذا جاء نهي خاص عن بيع الكالئ بالكالئ كان ذلك من قَبيل إفراد فرد من العام بحكمه تأكيداً عليه، فلا يخصص به، كما هو المقرر في الأصول. على ان البيع الذي تتضمنه الحوالة قد يكون في الاجناس الربوية، مع اتحاد علة الربا، والاصل العام في مثله المنع إلا بشريطة التقابض في مجلس العقد، فإذا عفي لنا عن هذه الشريطة في باب الحوالة بخاصة — ولو من بعض وجهات النظر — كان رخصة لا جدال فيها واستثناء من الأصل العام.

وبذا يتبين وجاهة القول الأول، أي: ان الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين، رغم كل ما أثير حوله من غبار. إلا أنه بيع لغرض الاستيفاء، لا لغرض الاسترباح والمغابنة. ومن ثَمّ قالوا: إنها عقد إرفاق. فهو بيع ذو طبيعة خاصة، كبيع الوفاء ونظائره. ولعل الدقة الفقهية تقتضي التعبير بالاشتمال على الاستيفاء، كما فعل القاضي حسين وأصحابه. (ر: ف/٥١) فمآل هذين القولين واحد آخر الأمر. ويروي الإباضية حديثاً نبوياً يصرح بأن الحوالة من قبيل البيع لكنهم لم يذكروا له تخريجاً، ولم نجده في مصادر الإباضية للحديث كمسند الربيع ووفاء الضمانة ولا فيما نعلم من مصادر الحديث الأخرى، وانما أورده صاحب شرح النيل (٤/٥٢٩ و ٦٢٥) والشماخي في الإيضاح (٣/٢٨٦) ونصه: ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل السوق فقال: «يا أهل البقيع لا يفترق البائعان إلا عن تراض: البيع بيع، والحوالة والتولية بيع، والقياض بيع، والإقالة بيع».

وقد نص الشافعي في الأم على أن الحوالة بيع، وذلك إذ يقول: «وكذلك (أي لا خير فيه) لو ابتاع طعاماً فحلّ فأحاله على رجل له عليه طعام أسلفه إياه من قبل أن أصل ما كان له عليه بيع والإحالة بيع منه للطعام الذى له عليه بطعام على غيره» (الأم ٣/٧٣). أي أن هذا الطعام لما لم يجز بيعه قبل قبضه لم تجز إحالته.

وقد استروح بعضهم إلى ظواهر النقول، دون غوص على الحقيقة، فذهب الى أن الحوالة تؤدي كل هذه الأغراض التي عبر عنها المتنازعون في حقيقتها. (ر: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية للاستاذ شفيق شحاته الفقرة /١٠٦).

أقول:

إن هذا رأي الاستاذ المحترم كاتب الموضوع في عدم ارتياحه إلى الرأي القائل بأن الحوالة عقد خاص يؤدي أغراضا عديدة وليست نوعاً من البيع هو بيع الدين.

والذي أرى أن هذا الرأي — وهو رأي الحنفية — هو الأوجه، فإن تسمية هذا العقد باسم خاص (هو الحوالة) لهو دليل كافٍ على أنه غير البيع وإن أشبهه من بعض النواحي، كما تشبه الإجارة البيع من بعض الوجوه، وكما تشبه الجعالة الإجارة من بعض الوجوه ولكن كلاً منها عقد آخر له موضوعه الخاص الذي يختلف عن موضوع سواه من العقود. ولو كانت الحوالة بيعا من كل وجه لما اختلف اسمها.

ولا شك أن إلحاق بعض العقود المسماة ببعض رغم اختلاف أسمائها، ثم تأويل اختلاف حكمها بأنه استثناء من الأصل الذي ألحقت به هو خلاف الظاهر، كما أنه يحول دون إعطاء العقد ما تقتضيه غايته وموضوعه من أحكام تناسبهما فيما لم يرد فيه نص شرعي. (خبير الموسوعة)

المبحث الرابع

تقسيمها وبيان أنواعها

٥٤ ـ تتنوع الحوالة مبدئياً ، إلى نوعين أصليين :

(١) حوالَة مقيَّدَة .

(٢) وحوالَة مطلقة .

ثم تتنوع الحوالَة المطلقة ، بدَورها ، إلى نوعين فرعيين :

(١) حوالة حالَّة .

(٢) وحوالة مؤجَّلة .

ويمكن أيضا أن تتنوع الحوالة المقيـَّدَة إلى أنواع فرعية :

١ ـ حوالة مقيَّدة بدَيْن خاص .

٢ ـ حوالة مقيَّدة بعين هي أمانـةٌ ، كالوديعة .

٣ ـ حوالة مقيَّدة بعين مضمونة ، كالمغصوبة .

هذا ، وتوجد حالة خاصة للحوالة لا تخرج عن هذين النوعين ، هي السُّفْتَجَة في بعض صورها .

والسُفْتَجة ورقة تكتب للمُقرِض في بلد ليستوفيَ نظير قرضه في بلد آخر اتقاء لخطر الطريق المحتمل لو أن صاحب المال سافر بماله إلى البلد الذي يقصده ، فيلتمس من يحتاج إلى المال هنا وله مال أو دَين في البلد الآخر ، فيُقرضه المال هنا على أن يستوفيَه هناك من وكيل المقترِض ، أو من مدينه في ذاك البلد .

ونظرًا لأن بعض صور السُفْتَجة قرض محض مشروط الوفاء في بلد آخر ، وبعضها يتوافر فيها معنى الحوالة ، آثرنا ـ حرصاً على وحدة الكلام عن السُفْتَجَة بجميع صورها واختلاف الفقهاء حولها ـ أن نُفرد لها بحثاً خاصاً في آخر موضوع الحوالة ، فلتنظر هناك (ف/ ٣٢٥) .

والآن ننتقل إلى تفصيل الكلام على أنواع الحوالة فيما يلي :

(اولا)

النوعان الاصليان

٥٥ ـ قد يُقَيَّد قضاءُ دين الحوالة بأن يكون من مال المحيل الذي عند المحال عليه أو في ذمته . وقد لا يُقَيَّد بذلك . ففي الحالة الأُولى ، تكون الحوالَة مقيَّدَة ؛ وفي الحالَة الثانية ، تكون حوالة مطلقة .

وليس حتماً في الحوالة المطلقة أن يكون للمحيل عند المحال عليه عينٌ ـ بغصب أو إيداع أو نحوهما ـ أو أن يكون له في ذمته دَين بسببٍ ما ، كمعاوضة أو إتلاف أو غيرهما ـ كما قد يُتوهَّم ـ فقد يكون ذلك أو لا يكون ، لكن الحوالة أرسلت إرسالاً ، ولم تقيد بشيء من ذلك وقد يَقْبل الحوالةَ متبرعٌ لم تتوجه عليه للمحيل أية حقوق[1] . وإذن يمكن تفسير كل من الحوالة المطلقة والمقيدة كما يلي :

٥٦ ـ الحوالة المقيدة : هي التي تقيد بدَيْن للمحيل على المحال عليه ، أو بعين له عنده ، أمانةً كانت أم مضمونةً .

(١) البحر على الكنز ٦ / ٢٧٤ والبدائع ٦ / ١٦

مثال ذلك : أن يقول المَدين لآخَر : أَحَلْتُ فلاناً عليك بالألف التي لي في ذمتك ، فيقبل ؛ أويقول له : أحلت فلانا عليك بالألف التي له عليَّ ، على أن تؤديها إليه من الدنانير التي أودعتكها . أو . . . على أن تؤديهَا إليه من الدَّنَانِير التي اغتصبتَهَا مني ، فيقبل ؛ ويجيز المحال في الأحوال كلها .

٥٧ ـ والحوالة المطلقة : هي التي لم تقيد بشيء من ذلك ، ولو كان للمحيل لدى المحال عليه شيء تُمكن التأْديةُ منه .

مثال ذلك : أن يرى رجلُ خير دائناً ومدينَه يتشاجران فيقول للدائن : دينك عَلَيَّ ، ولا شأْن لك بهذا ، وإن لم يكن له عليَّ شيءٌ ، فيقبل الدائن . أو يقول المدين لغاصبه ـ سواء كانت العين المغصوبة باقيةً أم تالفةً ـ أحلتُ فلاناً عليك بالألف التي له عليّ (ولم يقل : على أن تقتضيه مما أستحقه عليك) فيقبل الغاصب ، ويجيز المحال .

ومن الأمثلة ذات الأهمية العلمية : أنه إذا باع المدينُ الراهنُ العينَ المرهونة دون إذن من المرتهن ، فإن هذا البيع لا يسلُب حقَّ المرتهن في حبس المرهون إلا أن يجيز هذا البيع فيكون عندئذ قد تنازل عن حقه في حبسه بمقتضى الرهن ، أما إذا تمسك المرتهن بحقه ولم يجز البيع ، فإن المشتري يتخيَّر بين أن يصبر حتى يفكَّ الرهن ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ له البيع ، بسبب العجز عن التسليم[1] . فاذا آثر الانتظار فقد يطول أمده

وحينئذ ربما بدا له أن خير وسيلة لحل المشكلة أن ينقل الدين على نفسه بطريق الحوالة ، ثم يفك الرهنَ بقضاء الدين عن الراهن ويتسلم المبيعَ المرهونَ ، وبعد ذلك يرجع على الراهن بما دفع عن ذمته إلى المرتهن .

(ثانيا)

الانواع الفرعية

أنواع الحوالة المقيدة :

٥٨ ـ تبين مما سلف في الحوالَة المقيدة ، أنها ـ بالتفصيل ـ أنواع ثلاثة :

١) ـ حوالة مقيدة بدين خاص .

٢) ـ حوالة مقيدة بعين هي أمانة : كالعارية والوديعة والعين الموهوبة ـ إذا تراضيا على ردها ، أو قضى القاضي به ـ أو المأْجور بعد انقضاء مدة الإجارة .

٣) ـ حوالة مقيدة بعين مضمونة .

والعين المضمونة عند الإطلاق ـ كما هنا ـ إنما تنصرف إلى المضمونة بنفسها ، أي التي إذا هلكت وجب مِثْلُهَا ، إن كَانَت مثلية ، وقيمتُهَا ، إن كانت قيمية ـ كالمغصوبِ ، وبدلِ الخُلْع ، والمَهرِ ، وبدلِ الصلح عن دم العمد ، والمبيعِ بيعاً فاسدًا ، والمقبوضِ على سَوْم الشراء (والعينُ المضمونة بنفسها هذه ملحقة بالديون فتكفل) . أما العين المضمونه بغيرها فإنها لا يجري ضمانها على قواعده العامة ، بل يكون لها ضمان خاص : وذلك

(١) مجمع الأنهر ٢ / ٥٧٨

كالمبيع في يد البائع ـ ولو بعد امتناعه من تسليمه إلى المشتري ، إذ لا يصير بذلك غاصباً ـ وكالرهن في يد المرتهن ، فإنه إذا هلك غيرُمضمون بمِثْلٍ ولا قيمة ، لكن هلاك المبيع في يد البائع يُسقط الثمن عن المشتري ، وبهلاك الرهن يَسقط ما يقابله من الدَين عن الراهن . وما زاد من قيمته عن الدين يهلك عند الحنفية على حكم الأمانة . ولذا سمي مضموناً بغيره [١] .

أنواع الحوالة المطلقة :

٥٩ ـ الحوالة المطلقة نوعان فحَسْبُ :

أ) ـ حوالةٌ حالّةٌ :

وهي حوالة الطالب بدينٍ حالٍّ على المحيل :

إذ يكون الدين حالا كذلك على المحال عليه . لأن الدين يتحول في الحوالة ، بالصفة التي كان عليها لدى المحيل ، كما أن الكفيل يتحمل ما على الأصيل ، بأيِّ صفةٍ كان [٢] .

ب) ـ وحوالة مؤجلة :

وهي حوالة اشتُرط فيها أجل معين ، أو كانت بدين مؤجل على المحيل أو المحال عليه : وإن لم يصرح فيها بالأجل كشرط . إذ يكون المال على المحال عليه ، إلى ذلك الأجل السابق ، أو الذي استحدث بالشرط ، لأن الفَرْض في حالة الشرط ، أو العلم بالتأجيل على المحال عليه أن الحوالة كذلك قبلت . وفي حالة سبق الأجل في جانب المحيل إنما يتحول الدين بالوصف الذي كان عليه ، اعتباراً بالكفالة [٣] . على انهما قد تفترقان في بعض جوانب الأجل : ففي الكفالة ، إذا أجل الطالب الدَين ، ولم يضف الأجل إلى الكفيل ، يصير الأجل مشروطاً للأصيل ـ حتى لو مات الكفيل ، يبقى الدين على الأصيل مؤجّلاً . ولو وقع ذلك في الحوالة ، ولم يضف الأجل إلى المحال عليه ـ وبالأولى إذا أضافه ـ لا يصير الأجل مشروطاً في حق الأصيل ـ فلو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين على الأصيل حالاًّ [٤] .

ثم تغتفر في الأجل الجهالةُ اليسيرةُ . فقد نصوا على أنه لو قبل الحوالة إلى الحصاد ، لا يُجْبر على الأداء قبله [٥] . وسواء هنا في لزوم التأجيل دينُ القرض وغيرُه (وإن كان الأصْلُ في دين القرض عدمَ لزوم التأجيل فيه ، إذ المقرِض متبرع ، فلا يجبر على عدم المطالبة) [٦] . فقد جاء في الكافي للحاكم الشهيد ما خلاصته : « رجل مدين بألفٍ قرضاً ، ودائنٌ بمثلها ، له أن يحيل دائنه على مدينه إلى أجل معين كسنة . ثم ليس له ، بعدذلك ، أن يأخذ مدينه بدينه ، أو أن يبرئه منه ، أو يهبه له » [٧] . ومن جملة ما علله به شارحه الإمام السَّرَخْسي في مبسوطه : « ان حق الطالب تعلق بالمال المحال به ، وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيه ، وإلا بطل حق الطالب : لأن المحال عليه ما التزم

(١) الاشباه والنظائر بحاشية الحموي ٢ / ٢١١ وفتح القدير على الهداية ٥ / ٤٥٠ وابن عابدين في رد المحتار ٤ / ٢٦٨و٢٩٣

(٢) فإذا كان الدين مؤجلا على المحيل فأحال به على دين حالٍّ هل تكون حوالةً حالّةً صحيحةً ؟ لم نر للحنفية نصاً ، ولكن قياس ما قالوه من صحة اشتراط تأجيل المحال يقتضي صحتها بل هي أولى ، لأنها تبرع من جانب المحيل بالتخلي عن الأجل ، وهكذا نص كثيرون غير الحنفية (ر : ف / ١٧٨) .

(٣) فتح القدير على الهداية ٥ / ٤٥١ والمبسوط للسرخسي ٧١/٢٠ والبحر ٦ / ٢٦٧ وابن عابدين على الدر المختار ٤ / ١٧٠ .

(٤) البحر على الكنز ٦ / ٢٧٠

(٥) ابن عابدين في رد المحتار ٤ / ٢٧٥

(٦) الحموي على الأشباه ٢ / ٤٦

(٧) ابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٢٩٥

الحوالة مطلقة ، وإنما مقيَّدَةً بذلك المال ، فإذا سقط لم تبق عليه مطالبةٌ بشيء . ألا ترى أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة ، فهلكت تلك الوديعة ، بطلت الحوالة [1] . ولذا نقل عنه في جامع الفصولين : ان الحيلة في تأجيل القرض أن يحال به الدائن على ثالث ، فيؤجل ذلك الثالث مدة معلومة . إذ هذا صحيح ، ومن لوازمه ألاّ يطالب المحيل ، لأن الحوالة مبرئة من مطالبته ، ولا المحالَ عليه قبل حلول أجله بسببٍ ما ، ولو بموته أو إسقاطه [2] .

(ثالثا)

اقسام الحوالة عند غير الحنفية

الحوالة المطلقة والمقيدة :

٦٠ - لا يوجد في المذاهب الأُخرى هذا التنويع للحوالة إلى مطلقة ومقيدة . وإن كان من الجائز (على الراجح عند الإمامية والزيدية ، وعلى المرجوح عند المالكية والشافعية والإباضية) حوالةٌ على غير مدين - بشريطة رضاه - تترتب عليها أحكامها عندهم وفي مقدمتها سقوطُ دين المحيل وبراءة ذمته (بصورة نهائية غير موقوتة) ، فيَصْدُق عليها أنها حوالة مطلقة ، وإن لم يسموها هم بهذا الاسم .

على أن ابن الماجِشُون - وهو صاحب هذا القول المرجوح عند المالكية - قد اشترط أن تقع الحوالة بلفظها وإلا فهي حَمالة ، أي ضمانٌ [3] (كفالةٌ) .

والذي رجحه المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية ، وجرى عليه بعض الإمامية والزيدية ، وقوّاه صاحب البحر الزخار منهم ، أن هذا من قبيل الضمان ، وليس من الحوالة في شيء ، ولو استُعْمل لفظُها [4] .

ويفرع المالكية على هذا الذي رجحوه قائلين : « لو أعدم (أي أفلس) المحال عليه لرجع المحال على المحيل - إلا أن يعلم المحال أنه لا شيء للمحيل على المحال عليه ، ويشترط المحيل براءته من الدين ، فلا رجوع له عليه » [5] .

وليس الإعدام ، أي الفقر ، شريطة حتمية عندهم ليثبت حق الرجوع ، بل مثلُه الموتُ وكلُّ سبب يتعذر به استيفاء الحق من المحال عليه ، كامتناع ذي سطوة . وهذه طريقة أشهب ، وعليها تعويلُهم في هذا الحكم خلافاً لابن القاسم [6] ، فإنه يرى عدم الرجوع مطلقاً .

٦١ - [وربما توقف الناظر في هذا التفريع . لأنه يشبه أن يكون خلطاً بين طريقتين في المذهب ، إذ حينَ تُشْتَرط براءة المحيل لا يتبادر من العقد إلا الحوالة - ولا يصححها على غير مدين إلا ابن الماجِشُون ومتابعوه - فتنطبق إذن على طريقة هؤلاء قواعدُ الحوالة ، ومنها عدم الرجوع على المحيل بشرائطِه عندهم . وحين لا يشترط هذا الشرط ، فلا رجوع عند تعذُّر الاستيفاء من الجهة المحال عليها إلا بناء على أن العقدَ ضمان (أي كفالة) ، وأن وقوعَه بصيغة الحوالة ليس إلا تقديم مسئولية الضامن على مسئولية

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠ /٧٠ - ٧١
(٢) جامع الفصولين ٢ / ١٥٤ والحموي على الأشباه ٢/٤٧-٤٨
(٣) المنتقى على الموطأ ٥ / ٦٨

(٤) مغني المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٤ والمغني لابن قدامة ٥/٥٧ وتذكرة الفقهاء ٢/١٠٦ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١/٣٦٦ والبحر الزخار ٥/٦٩ والنيل ٢/٥٣٦ .
(٥) الخرشي على خليل ٤/٢٣٣
(٦) المنتقى على الموطأ ٥/٦٩

المضمون عنه[1] وهذه طريقة أخرى هي المرجحة في المذهب.

فالأقوم - فيما يبدو - رأي ابن القاسم وهو إطلاق عدم الرجوع في الحالة الأولى، لأنها على المرجح في المذهب ليست من الحوالة في شيء، وإنما هي إبراء صحيح أسقط به المدين دَينَه[2]. ولذا يقول الدردير في الشرح الكبير: «والمذهبُ الإطلاقُ»[3]، على خلاف قول الباجي: إن الجمهور على رواية أشهب[4].

والشافعية، إذ ينصون على حكم هذه المسألة، يرددون بين الراجح والمرجوح. فهذا السيوطي في الأشباه والنظائر يقول: «لو قال رجل (أي غير مدين) لمستحق الدَين: احتل عليَّ بدَينك الذي في ذمة فلان على أن تبرئه، فرضي واحتال وأبرأ من الدَين. فقيل تصح، بناء على أنها استيفاء وقيل لا، إذ ليس للأصيل (المحيل) دين في ذمة المحال عليه»[5]. ومنهم من يصححها على أنها ضمان (أي كفالة) في المعنى[6].

والمسألة عند الحنفية لا تحتمل إلا الحوالة. وهذا النص على شرط البراءة ليس إلا تصريحاً بمقتضى عقدها، أعني البراءة المؤقتة بعدم التوى (ر: ف/...).

وكذلك هي عند جماهير الزيدية والإمامية، إلا أنهم اعتبروها براءة نهائية، لأن هذه البراءة هي - على الراجح عندهم - مقتضى عقد الحوالة.[7] ولم ينقلوا عن الناصر خلافاً في هذا، مع أنه يوافق الحنفية في أن مقتضاها البراءة المؤقتة. فلعله يرى أن المتبادر من شرط البراءة إنما هو البراءة النهائية. وهو واضح لائح].

الحوالة على عين:

٦٢- والحوالة على عين - أيّاً كان نوعُ العين - لا تُعرف عند غير الحنفية. إذ هم جميعاً شارطون في المال المحال عليه أن يكون دَيناً. وهذا مما أخطأ فيه بعضهم[8].

كما أطبق الحنفية وغيرهم على هذه الشريطة في جانب المال المحال به[9].

على أن التحقيق عند الحنفيةِ أنفسِهم يردهم إلى وِفاق الآخَرين. (ر: ف/٢٤).

حلول الحوالة وتأجيلها:

٦٣- وفيما يتعلق بحلول الحوالة وتأجيلها عند غير الحنفية انظر (ف/١٦٧).

(١) الخرشي على خليل ٢٤٤/٤
(٢) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٢٦/٣
(٤) المنتقى على الموطأ ٦٩/٥
(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ١٥٢
(٦) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ و٢٠٨

(٧) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٦٦/١ والبحر الزخار ٦٧/٥
(٨) هو المرحوم الاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في «مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي» نشر عبدالله وهبة بمصر سنة ١٩٤٥ صفحة ٢١٨-٢٢٥ نعم يجوز توكيل مالك العين آخر - كدائن له - في قبضها ممن هي عنده، مع تسليطه على ملكها بعد قبضها. وكذا توكيل من هي عنده في إقباضها. (البجيرمي على المنهج ٥١/٣ والفروع لابن مفلح ٦٩٢/٢ ومطالب اولي النهى على المنتهى ٤٤٦/٣).
(٩) نهاية المحتاج على المنهاج ٤١٤/٤ ومغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ والخرشي على خليل ٢٣٣/٤ وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ١١٥/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٤/٢ والبحر الزخار ٦٧/٥ ومدارج الكمال ١١٤.

الفَصْلُ الأوَّل

إنشاء الحَوالة: مُقوِّماتها وشرائطها



الفصل الأول
إنشاء الحوالة
مقوماتها وشرائطها

تمهيد
عرض مقومات الحوالة اجمالا

٦٤ ـ مقوِّمات الحوالة خمسة عليها مدارها وهي :

١ ـ ركن الحوالة ، وصيغتها .

٢ ـ المحيل .

٣ ـ المحال .

٤ ـ المحال عليه .

٥ ـ المحال به .

وقد سبق تعريف الأربعة الأخيرة في البحث التمهيدي (ر : ف/ ٩) وسيأتي تعريف الركن والصيغة (ر : ف/ ٧٤ و ٨٩) .

٦٥ ـ وقد يمكن بشيء من التسامح أن نجعل هذه المقوِّمات الخمسة هي أركان الحوالة ، كما يفعل بعض أهل الفقه ، نظرًا إلى أن الحوالة بدونها لا تتصور . لكن الحنفية لا يرون تجاوز الحقيقة المقررة من أن الركن جزء الماهية ، ولذا لا يجعلون للحوالة إلا ركنين اثنين فحسب : هما الإيجاب والقبول[١] ، إذ إن صيغة عقدها لا تتكون إلا منهما على الصحيح .

٦٦ ـ وقد يُجعل قَبولُ المحيل في مجلس العقد ركناً ثالثاً ، بناءً على أنه لا بد منه[٢] .

(١) البدائع ١٥/٦ والبحر على الكنز ٢٦٨/٦

(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦

٦٧ ـ وجميع من قدمنا أنهم ينكرون الحوالة المطلقة يثبتون مقوِّماً سادساً يضاف إلى المقوِّمات الخمسة التي ذكرها الحنفية . وهذا المقوِّم هو : دين للمحيل على المحال عليه[٣] . لكن هذا يمكن إدماجه مع المقوِّم الخامس ، واعتبارهما معاً شيئاً واحدًا هو محل الحوالة. فلا تحقُّقَ للحوالة عند هؤلاء دون اجتماعهما ، لأنهما العِوَضانِ اللذانِ يقع بالحوالة التعاقدُ على تبادلهما .

٦٨ ـ والمحيل دائماً طرف في العقد ، عند أولئك الذين لايثبتون الحوالة المطلقة ، لأن له إيفاء الحق من حيث شاء فلا تَلزمه جهةٌ معيَّنةٌ بدون رضاه . قال ابن قدامة في المغني : «ولا خلاف في هذا»[٤] . والحنفية أنفسهم لا ينازعون في وجوب رضا المحيل إذا كانت الحوالة مقيدة على التحقيق . أما الحوالة المقيدة إذا لم يتوافر فيها رضا المحيل فليست عندئذ من الحوالة المقيدة إلا صورة فحسب ، فهي في الواقع حوالة مطلقة ، كما يستفاد من فحوى كلام صاحب العناية شرح الهداية[٥] .

(٣) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ ومغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ والمغني ٥٥/٥ والفروع ٦٢٧/٢ والمحلى ١٠٨/٨ وبلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢ . ولا يجهل هؤلاء الفقهاء أن المحسوسات لا تكون من أجزاء المباني المجردة ، ولكنها طريقة من طرق التعليم ، يراد بها التقريب على الطلاب ، وحصر مباحث الموضوع في أطراف معينة ، تجوزوا في تسميتها أركاناً لشبهها بالأركان من حيث عدمُ الاستغناء عنها .

(٤) المغني لابن قدامة ٥٨/٥ ومغني المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٦/٢

(٥) العناية ـ بهامش فتح القدير ـ على الهداية ٤٤٥/٥ وقد خطأ الكمال بن الهمام من الحنفية قول ابن قدامة الآنف الذكر : إن رضا المحيل لا خلاف فيه . والذي نراه أنه لا محل لهذه التخطئة لأن كلام ابن قدامة في الحوالة المقيدة وهو ممن لايقولون بصحة الحوالة المطلقة التي يقول بها الحنفية ويستغنون فيها عن رضا المحيل ، ولا يجعلون رضاه لازماً إلا لأجل الرجوع عليه كما يستفاد من العناية في المحل الآنف الذكر (ر : فتح القدير ٤٤٥/٥)

٦٩ - والمحال عليه أجنبي على الأصح عن عقد الحوالة عند الأكثرين من منكري الحوالة المطلقة (أي باستثناء الإباضية والامامية) (ر: ف/ ٦٠)، وإن كان لا بد من وجوده، إذ ليست تصح حوالة دائن لنفسه على نفسه. ومن ذلك في المغني: ما لو أحيل الدائن على آخر، ثم تبين أن هذا الآخر رقيقه، فإنها حوالة باطلة، كما نص عليه الشافعية [(١)].

أما الاحتيال لغيره على نفسه - كما إذا كان ولياً لهذا الغير بسبب ما - فلا مانع منه ولكنهم يتحرجون فقهاً أن تأخذ الصيغة حينئذ صورة حوالة الغير على النفس: فمثلاً: إذا خالع الولي - على عوض يلتزم في ذمته - زوج مُولّيته، وللزوجة على زوجها مؤخر صَداقها أو أي دَين آخر، فأراد الزوج أن يحيلها بدينها على ما له في ذمة وليها من عوض الخُلع - فإنه لا يصح أن يقول: «أحلت ابنتك بكذا على ما لي في ذمتك»، بل يقول: «أحلتك لابنتك على ذمتك بما وجب لها عليَّ» نَصَّ عليه الشافعية أيضاً [(٢)]، وقالوا: هذه تصلح حيلةً لوليّ السفيهة إذا أراد اختلاعها على مؤخّر صداقها حيث منعناه من ذلك لما فيه من التفويت عليها فيستطيع أن يلجأ إلى هذه الطريقة نفسها في مخالعة القاصرة تحت ولايته، وسيجيء عن الحنفية مثل هذه الحيلة (ر: ف/ ١٣٧).

٧٠ - وإذا كان المحال عليه أجنبياً عن عقد الحوالة في الحوالة المقيدة عند غير الحنفية فإن اشتراكه في عقدها - إن اتفق - عبث لا ثمرة له. بل يضر اشتراكه فيه، كما لو اشتُرِط عليه في العقد شروطٌ غيرُ جائزة على أساس الاعتقاد بصحتها، هكذا قرره الشافعية [(٣)].

هذا إذا توافر لعقد الحوالة طرفاه من المحيل والمحال. إما إذا وقع العقد أصالةً بين المحالِ عليه وواحدٍ منهما فحسب، فمقتضى قواعدهم أنه عقد ضمان، وليس من الحوالة في شيء، إلا أنْ يجيزه الطرف الآخر عند من يجعل تصرفات الفضولي غير باطلة بل منعقدة موقوفة على إجازة من يملكها، كالحنفية، وليس منهم الشافعية في الجديد ولا الظاهرية، ولا الحنابلة في معتمدهم [(٤)].

نعم إن من لا يعتمد لانعقاد الحوالة سوى رضا المحيل - كالحنابلة والظاهرية - يراها حوالة صحيحة تلك التي تجري بين المحيل والمحال عليه، ثم يُجْبَر المحالُ على قبولها. أو - كما يقول بعض الحنابلة - تكون في غُنْيةٍ عن القَبول رأساً. ويتحول حقه بمجرد الإيجاب [(٥)].

وبذا تتضح نظرة غير الحنفية إلى الصور الثلاث التي يذكرها الحنفية لصيغة عقد الحوالة أي جَرَيانها:

١ - بين المحال والمحال عليه.
٢ - أو بين المحيل والمحال.
٣ - أو بين المحيل والمحال عليه.

٧١ - وعند الحنابلة خلاف في أن براءة المحيل تتحقق بمجرد الإحالة، باعتبار أنها نقل للحق فلا حاجة فيها إلى قبول المحال، أو لا تتحقق البراءة

(١) البجيرمي على المنهج ٣/ ٢٣ والخرشي على خليل ٤/ ٢٣٥ والفروع ٢/ ٦٢٦ والبحر الزخار ٥/ ٦٧
(٢) النهاية على المنهاج ٤/ ٤٠٩
(٣) نهاية المحتاج على المنهاج ٥/ ٤١٣
(٤) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٥ والمحلى ٨/ ٤٣٤ والفروع ٢/ ٤٦
(٥) المغني لابن قدامة ٥/ ٦٠ والفروع ٢/ ٦٢٦ والمحلى ٨/ ١٠٨ و ١١٠

فيهـا إلا برضا المحال لأنها تقبيض فلا بـد فيهـا من القبض بالقول وهو قبول المحال . فإن امتنـع أجبره الحـاكم عليه ، لأن احتياله على مليء هـو واجب عليه بنص الحديث[١] والأمثلة التي درجـوا على ذكرها كلها خِلْوٌ من القَبـول ، وقـد يشعر ذلك باعتمادهم القولَ بعـدم اشتراطه ، ولا سـيما أنهـم يؤثرون تعريف الحـوالة بانتقال الحق من ذمـة إلى ذمة[٢] . ومن أمثلتهم على ذلك :

- أحلتك بدينك (أو اتبعتك دينك) على فلان .
- اقبض ديني على فلان لنفسك .
- خذ من فلان دينك ، اطلب دينك من فلان[٣] .

٧٢ - والزيدية - اشترطوا القبول ، لـكنهم لـم يعتبروه ركناً لا بد من وقوعه في مجلس العقد مـع بقية الشرائط المعتبرة في مثـله ، ذلك لأن الحـوالة عندهم ليست عقدًا[٤] .

هذا ، وسنتناول في الفرع الأول من هذا الفصل الأول عرضَ آراء المذاهـب الفقهية المختلفة تفصيلاً في كل من مقوّمات الحوالة : الصيغة ، والأطـراف (المحيـل والمحـال والمحـال عليـــه) ، والمحـلّ (المـال المحـال به والمـال المحال عليـه) ، مبينين شرائط الانعقاد في كل من هذه المقوّمات ، ثم نعقد فرعـاً ثانيـاً للـكلام على شرائط النفاذ ، ثم فرعاً ثالثـاً للـكلام على بطلان الحوالة :

(١) القواعد لابن رجب ص/ ٣٢ تحت القاعدة ٢٣

(٢) مطالب أولي النهى شرح المنتهى ٣/٣٢٤

(٣) كشف المخدرات ٢٥٤ وغاية المنتهى ٢/١١٤ والإنصاف ٥/١١٥

(٤) البحر الزخار ٥/٦٩ . وبين شراح القـانون المدني مثل هـذا الخـلاف : هل الحوالة عقد أم مجـرد اتفاق ؟ (على أساس تمييزهم بين العقد والاتفاق) ولكنهم يقللون من شأن القبـول زعماً بأن ليست له ثمرة عملية (الوسيط للسنهوري ٣/٤٧٠)

الفـرع الأول

بيان كل من مقومات الحوالة ، وشرائط انعقادها تفصيلا

٧٣ - ينقسم هذا الفرع إلى المباحث الآتية :

١ - ركن الحوالة (التراضي ، وصيغته التعبيرية) .

٢ - أطراف الحوالة (المحيل ، والمحال ، والمحـال عليـه) .

٣ - محل الحوالة (المال المحال به ، والمال المحال عليـه) .

وسنتناول بالتفصيل في هذه المباحث الـكلام على كل من هذه المقوِّمات وشرائط الانعقاد المتعلقة بكل منهـا .

أما شرائط النفاذ فتأتي بعد ذلك في الفرع الثاني .

المبحث الأول

ركن الحوالة

التراضي وصيغته التعبيرية

٧٤ - ينقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

١ - التراضي وعنـاصره (رضـا المحيل والمحـال والمحـال عليـه) .

٢ - الصيغة التعبيرية أو ما يقوم مقامها (الإيجاب والقبول باللفظ الدال على معنى الحوالة) .

٣ - مجلس العقد .

٤ - الشروط التي يشترطها الأطراف .

٥ - الحوالة بالسُّفْتَجة .

المطلب الاول
التراضي وعناصره

٧٥-يتناول بحث التراضي العناصر الثلاثة التالية :

(١) رضا المحيل (٢) رضا المحال (٣) رضا المحال عليه .

ويلاحظ أن رضا المحال والمحال عليه مختلف في اعتبارهما من شرائط الانعقاد أو من شرائط النفاذ . لذلك آثرنا بحثهما تفصيلاً ضمن شرائط الانعقاد ، مع الإشارة الموجزة إليهما ضمن شرائط النفاذ في الفرع الثاني الخاص بشرائط النفاذ .

أولاً) - رضا المحيل :

٧٦-اشترط صاحب البدائع من الحنفية[1] أن تقع الحوالة عن رضاً من المحيل لأنها إبراء فيه معنى التمليك ، فيفسدها الإكراه كسائر التمليكات . [لكن هذا حين يكون المحيل متعاقدًا في مجلس العقد مع طرف ثانٍ ، وإلا فإن رضاه ليس ركناً على الصحيح (ر : ف/ ٨٩) ذلك أن قبول المحيل في مجلس العقد ليس بحتم دائماً لتمام الحوالة - وإن كان يمكن أن يقع ركناً فيها . لما تقدم من أن الإيجاب والقبول فيها يكفي وقوعهما بين اثنين أياً كانا من الأطراف الثلاثة ، وكذلك رضا المحيل خارج مجلس العقد ليس حتماً لنفاذها] .

وقد علمنا الخلاف في اشتراط رضاه بين روايتي القُدوريّ والزيادات : ووجه رواية القُدوريّ الموجبة : أن ذوي المروءات قد يأنفون من أن يحمل عنهم أحد شيئاً من ديونهم ، فلا بد من رضاهم ، ثم يطَّرد الباب كله على وتيرة واحدة ووجه الرواية الصحيحة النافية : أن التزام الدَّين من المحال عليه تصرفٌ في حق نفسه ، والمحيل لا يلحقه به ضرر ، بل فيه نفعه عاجلاً وآجلاً : أمّا عاجلاً فلأنّه سيُكفى المطالبة بدَينه في الحال ، وأمّا آجلاً فلأن المحال عليه لا يَرجع عليه إن لم يكن بأمْره قد قبل حوالة دَينه ، فلم يبقَ معنىً لاشتراط رضاه[2] . لكنَّ كثيرًا من محقّقي المذهب لا يرون أن هناك في الحقيقة خلافاً : فإن القُدوريَّ لم يوجب رضا المحيل لنفاذ عقد الحوالة ، بل ليَسقطَ بالوفاء دَيْنُ المحيل في ذمة المحال عليه - إن كان - وليرجعَ هذا على المحيل بما أدى عنه ان لم يكن مَديناً له . فإنه لا رجوع على المحيل ولا سقوط لدينه ما لم يرضَ[3] .

٧٧-وقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على اشتراط رضا المحيل ، وعلّلوه بأنّه مخيَّر في جهات القضاء ، فلا تتعين عليه جهة قهرًا ، كجهة الدين الذي له على المحال عليه[4] .

فمقتضي مذاهبهم جميعاً في الإكراه أن إكراه المحيل على الحوالة يبطلها .

٧٨-وقد صرح الزيدية والإمامية بلزوم رضا المحيل ، والمبدأ العام في تصرفات المُكْرَه عند الإمامية هو أنها موقوفة على إجازته بعد زوال الإكراه[5] .

(١) البدائع ٦/١٦ .

(٢) فتح القدير ٥/٤٤٤ .

(٣) ابن عابدين على الدر ٤/٢٨٩ .

اشترط مرشد الحيران رضا الأطراف الثلاثة كشرائط صحة انعقاد في المادة ٨٨٢ ، ولكنه بعد أن اشترط رضا المحيل لصحة الحوالة في هذه المادة عاد في المادة /٨٨٧/ الى علم اشتراط رضا المحيل لصحة الحوالة ، وإنما للرجوع عليه . . .

أما المجلة فقد صححت في المادة /٦٨١/ الحوالة المنعقدة بين المحال والمحال عليه وحدهما .

(٤) الخرشي على خليل ٤/٢٣٢ ومغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٢ -١٩٣ والمغني لابن قدامة ٥/٥٨ .

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١/٢٧٦ .

٧٩- وحذا الإباضيةُ حذو الجميع في ضرورة رضا المحيل أيضاً . إلا أنهم يجعلون هنا ذمّتي الأب وطفله ذِمةً واحدة حكماً . ولذا يقولون : إن أحال غريمه في ظنه فتبين أنه غريم طفله ، أو عكسه ، جاز ، لا إن تبين أنه غريم من استُخلف عليه (يعنون القاصر الذي تحت وصايته)[١] . ثم يُتمِّمون فيقولون : إن الأم كالأب ، وكذا الجدُّ - عند عدم الأب - في أحد القولين ، واللقيطُ كطفلِ الملتقِط ، وكذا الولد المُراهق ، والبالغ القاصر بنحو جنونٍ أو بَلَهٍ أو بكونه لا يَفْهَم ولا يُفهِم بأيّة وسيلة ، أو ببلوغه غيرَ رشيد[٢] . بل عندهم من يطلق القول بأنَّ مال الولد لوالده - فهذا يجيز حوالةَ الوالد واحتيالَه بمال ولده ، ولو بالغاً رشيدًا[٣] .

ثانياً) - رضا المحال :

٨٠- يوجب الحنفية رضا المحال للمعنى نفسه الآنف في رضا المحيل ، ولأن الدين حقه ، فلا ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه ، إذ الذِمم تتفاوت يسارًا وإعسارا ، وبذلاً ومَطْلاً ، وتتأثّر بذلك قيمة الدين نفسه ، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمل ضرر لم يلتزمه[٤] . فلا يصح ، أو لا ينفذ ، احتيال مُكرَه بأيّة حال ، (وذلك بحسب الاختلاف في المذهب حول أثر الإكراه في العقود) .

واشترطوا أن يكون هذا الرضا في مجلس العقد ، شأنَ الأركان . هكذا عند أبي حنيفة ومحمد . حتى إذا كان غائباً عن المجلس ثم بلغه خبر الحوالة فأجازها ، لم تنفذ الحوالة ، لأنها لم تنعقد أصلاً إذ إن رضا المحال عندهما ركن في انعقادها . نعم يغني عن قبوله في المجلس قبول نائب عنه أو فضوليّ ، لكن قبول الفضوليّ يتوقف على إجازته هو ،(أي المحال) وفقاً للقواعد العامة في عقد الفضوليّ عند الحنفية . أما عند أبي يوسف فيكتفى منه بمجرد الرضا ، أينما كان ولو خارجَ مجلس العقد ، فيكون شريطة نَفاذ[٥] .

٨١- والمالكية والشافعية والإمامية والزيدية والإباضية[٦] متفقون على لزوم رضا المحال لانعقاد الحوالة .

أما الحنابلة والظاهرية [٧] فلا يوجبونه ، إلا على احتمالٍ ضعيفٍ للحنابلة . بل المحال عندهم يجبر على القبول ، بشرائط أسلفناها (ر : ف / ٣٩) ، أو يقال ، كما قرره بعض الحنابلة : يستغنى بتاتاً عن قبول المحال ، فإن قبل فذاك ، وإن لم يقبل فلا بأس ، والحوالة نافذة برغمه [٨] . ويمكن أن يحمل

---

(١) النيل ٥٣٥/٢ - ٥٣٦ ومدارج الكمال ١١٤ .

(٢) شرح النيل ٦٢٨/٤ .

(٣) شرح النيل ٦٢٨/٤ ولعل هذا منهم أخذ بظاهر الحديث النبوي القائل : « أنت ومالك لأبيك » دون تأويل . والحديث المذكور أورده صاحب « وفاء الضمانة في أداء الأمانة » ٢٨١/٢ من كتب الأحاديث التي اعتمدها الإباضية عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داود والطبراني وابن ماجه وغيرهم ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات ثم نقل فيه علة... كما في فيض القدير للمناوي (الحديث رقم / ٢٧١٢ جزء ٤٩/٣) .

(٤) فتح القدير على الهداية ٤٤٤/٥ .

(٥) فتح القدير على الهداية ٤٤٤/٥ وأبو السعود على ملا مسكين ٢٠/٣ وبرأي ابي يوسف أخذت المجلة في المادة / ٦٨٣ فاعتبرت رضا المحال شريطة نفاذ إذا عقدت الحوالة بإرادة الطرفين الآخرين .

(٦) الخرشي على خليل ٢٣٢/٤ - ٢٣٣ والمهذب ٣٣٧/١ - ٣٣٨ والروضة البهية ١ / ٣٦٦ - ٣٦٧ والبحر الزخار ٦٧/٥ ومدارج الكمال ١١٤ .

(٧) الفروع ٦٢٦/٢ والمحلى ١٠٨/٨ .

(٨) الإنصاف ٢٢٨/٥ وقواعد ابن رجب ٣٢ .
نص عبارة الإنصاف : « في رواية عن الإمام أحمد : لا يبرأ المحيل إلا برضا المحال . فإن أبى أجبره الحاكم ، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة . . . وقيل : يتوجه أن للمحال مطالبة المحيل قبلَ إجبار الحاكم .
ومبنى الروايتين : أن الحوالة هل هي نقل للحق أو تقبيض؟ فإن قلنا : هي نقل للحق ، لم يعتبر لها قبول . وإن قلنا : هي تقبيض ، فلا بد من القبض بالقول ، وهو قبولها : فيجبر عليه المحال .

على هـذا أيضـاً مذهب الظـاهرية إذا فسّرنا إجبار المحال على القبول في رأيهم بإجباره على التنفيذ ، أي منعه من مطالبة المحيل[١] .

أدلة من لا يوجبون رضا المحال :

٨٢ - استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

١ - ظاهر السنة المطهّرة : ففي حديث أبي هريـرة عند الجماعة : قال صلى الله عليه وسلم : «مَطْلُ الغني ظلم ، وإذا أُتبـع أحـدُكم عـلى مليء فليتّبـع » . ويفسره لفظ أحمد وابن أبي شيبة : «ومن أُحيـل على مليء فليحتلْ » (ر : ف / ٣٥) .

فقد أمر صلوات الله عليـه الدائن بقبول الحوالة أو الالتزام بمقتضاها ، والأمر بـأصل وضعه للوجوب ، وليس هنا ما يصرفـه عن هذا الأصل[٢] .

٢ - المعقول : فإن الدائن الذي يهيّئُ له مدينُه مثلَ دينه عدّاً ونقدًا من يد أخرى فيأبى أن يـأخذه ، ويصر على أن ينقده إياه مدينُه بالذات ، لا يكون إلا متعنتاً معاندًا[٣] .

وجواب ذلك : ما أبعدَ البونَ بين المقيس والمقيس عليه . فإن الأول المقيس (وهـو إحالة الدائن) فيـه استبدال ذمة بذمة ، فهـي صفقة قد تكون خاسرة ، ولا يحمل الخسر كرهاً على أحد في غير عقوبـة . كما لو أُريـد استبـدال جنس الدَين بغيـره[٤] . أما الثاني المقيس عليه (دفعُ مثلِ الدَين فعـلاً بطريق آخر) فهو إيفاء عملي ، فالخسر في رده لا في قبوله . وتقدم في الموضوع مزيد بيان . (ر : ف / ٤٢) .

ثالثاً) - رضا المحال عليه :

٨٣ - يلزم المحال عليه كذلك ولو خارج مجلس العقد إذا جرت الحوالة بين الطرفين الآخرَين . وحينئذ يكون رضاه هو شريطة نَفاذ باتفاق أئمة المذهب الحنفي الثلاثة[٥] .

والمشهور في المذهب اشتراط رضا المحال عليه سواء كان مدينـاً أم لا ، وسواء تساوى الدينان أم لا ، لأن الناس يتفاوتون في تقاضي ديونهم رِفقـاً وعنفـاً ، ويسرًا وعسرًا ، فلا يُلزم من ذلك بما لم يلتزمه[٦] .

ومعلوم أن الإكراه يفوت به الرضا ، فلا يصح قبوله إذا أكره على ذلك . نعم إذا استدانت الزوجة النفقة بـأمر القاضي ، كان لها أن تحيل على الزوج ، شاء أم أبى . نقلوه عن كتـاب البحـر ، باب اللُّقْطَة ، وجعلـوه كالاستثناء من هذه الشريطة[٧] .

---

(١) كان قد راقَ هذا الاتجاه الفقهي ، الذى يسلب المحال خياره ، طائفةً من المقننين الوضعيين فأرادوا اقتباسه في القانون المـدني المصرى ، وأدرجوه فعلاً في مشروع هذا القانون ، ولكـن مجلس الشيوخ لم يقره ، فحذف . (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجديد ١٤١/٣) .

(٢) جواب ذلك : أنه صلوات الله عليه رتب أمره هذا على الحكم بأن مطل المدين الغني ظلم ، وأمر الدائن بقبول الحوالة تيسيراً كيلا يصبح هو أيضاً جائراً بالمطالبة إذا كان الوفـاء بطريـق الحوالة أيسر على المدين المحيل . فمناط الأمر البعد عن الجَور ، وعند ئذ ربما كانت ذمة المحيل أوفر أمانة ، فتكون الحوالة عنه مضرة بالدائن المحال ، وإن شريعة الله العادلة لا تلـزم بتحمل مثل هذا الضرر .

وهذا القدر وحده كاف لصرف الأمر عن الوجوب الذى كثيرا ما يصرف عنه الأمر بشتّى القرائن ، فيحمل على أنه أمر نصح وإرشاد ، تراعى فيه لكل حالة ملابساتها نظـير قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » ولينظر في هذا الشأن كتاب الموافقات للشاطبي (١٣٥/٣ - ١٤٣) .

وربما صلح أيضا قرينة على أن الأمر هنا ليس للوجوب حديث : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » فإن مال الدائن هو الذي في ذمة المحيل ، لا الآخر الذي تراد إحالته عليه .

(٣) الإنصاف ٢٢٨/٥ .

(٤) المهـذب ٣٣٨/١ .

(٥) نص مرشد الحيران في المـادة/٨٨٢/ على اشتراط رضا المحال عليه وعلى عدم اشتراط حضوره ، واستثنى من شريطة الرضا استدانة الزوجة النفقة على زوجها بأمر القاضي .

(٦) فتح القدير على الهداية ٤٤٤/٥ .

(٧) ولا يخفى أنه - لمكان الأمر من القاضي - تعتبر الحوالة بـإذن الزوج حكماً . على أنه قد يكون مبنياً على الرأي المقابل للمشهور من صحة الحوالة بغير رضا المحال عليه ، إذا كان مديناً بمثل الدين المحال به ، قياساً على التوكيل بقبض الدّين . (البحـر على الكنز ٢٧١/٦) .

٨٤- ولا ينازع أحد ممن يقولون بالحوالة المطلقة (ر: ف/ ٦٠) في أن رضا المحال عليه شريطة فيهـا.

أما في الحوالة المقيدة، فإنما يوافق الحنفيةَ علـى وجوب رضا المحـال عليه الإبـاضيةُ والإمـاميةُ في المشهور عندهم، وبعضُ المـالـكية في قولهـم غير المشهور، وبعضُ الشافعية كالمزني والإصطخري [١].

وينازعهم في ذلك الحنابلة والعِترة (من الزيدية)، والمالـكية في المشهور عندهم، وجماهير الشافعية، وبعض الإمامية [٢]، وكذلك الظاهرية، على ما يُفهم من المحلى لابن حزم، لأنه علل عدم صحة الحوالة على غير مدين بأنها حينئذ مـن قبيل أكل أمـوال الناس بالباطل [٣]، فإنه تعليل لا يستقيم إلا إذا كانت بغير رضا المحـال عليـه، وإن نقل جمـاعة من غير الظاهريـة عن داود اشتراط رضا المحال عليه، ومن هؤلاء الباجي، وابن رشد الحفيد، وصاحب شرح النيل من الإباضية [٤].

٨٥- وقد استثنى المـالـكية من إطـلاق عـدم اشتراط رضـا المحال عليه - وهو المشهور عندهم - مسألتين:

الأولى) - إذا وقعت الحـوالة عـلى غير مدين، والمحيـل لم يشترط براءة نفسه [٥]: فإنه لا بد في

(١) مدارج الكمال ١١٤ والروضة البهية ٣٦٦/١ والخرشي عـلى خليل ٢٣٢/٤ والمهذب ٣٣٨/١.

(٢) المغني لابن قدامة ٦٠/٥ والبحر الزخار ٦٧/٥.

(٣) المحـلى ١١٠/٨.

(٤) الرهوني على خليـل ٣٩٥/٥ وبداية المجتهـد ٢٩٩/٢ وشرح النيل ٦٢٦/٤.

(٥) فإن شرط براءة نفسه كان إبراءً صحيحاً لازماً من المحال، إذا علم بحقيقة الحال، أي بأن لا دَين على المحال عليه للمحيل، فليس للمحال بعد ذلك رجوع على المحيل لأنه يكون قد أسقط دينه، كـما أنه لا يشترط في هذه الحال رضا المحال عليه = (الخرشي على خليل ٢٣٣/٤)، إذ لا معنى لا شتراط رضاه حينئذ.

أقـول:

هذا ما حققه وكتبه الاستاذ المحترم كاتب هذا الموضوع نقلاً عن الخرشي، وعلله الاستاذ تفقهاً من عنده بأنه (لا معنى حينئذ لاشتراط رضا المحال عليه)، أي حين يشترط المحيل براءة نفسه فيسقط عنه الدين.

ولكني استشكلته بأن لرضا المحال عليه فائدة واضحة ولو اشترط المحيل براءة نفسه وسقط عنه دَين الدائن المحال، لأن الظاهر عندئذ أن رضا المحال عليه يجعله ملتزماً بأداء الدين للمحال، فيكون الديـن قد سقط عن المحيل والتزم به المحال عليه. فربما كان الدائن المحال لم يقبل شرط براءة المحيل - وهو يعلم أن لا دين له على المحال عليه - إلا اطمئناناً منه للرضا الواقـع من هذا الأخـير إن كان حاضراً في المجلس، أو لغلبة ظنه أنه سيرضى بهذه الحوالة إن كان غائباً عـن المجلس، وذلك على سبيل الحَمالة (لأن المقرر عند المالكية: أنـه كلما كان المحال عليه غير مدين للمحيل كانت الحوالة من قبيـل الحَمالة اي تحملا عن الغير على سبيل التبرع)، يدل على ذلك ان المسألة جاءت في صيغة حوالة بين دائن ومدين على طرف ثالث، فلو كان قصدهما مجرد الإبراء لعَمَد الدائن الى إبراء مدينه مباشرة دون سلوك طريق الحوالة على ثالث. ويدل لذلك أيضاً أنهم صوروا براءة المحيل في صورة شرط ضمن عقد، حيث قالوا: (إذا شرط المحيل براءة نفسه) وليس لذلك من معنى إلا أن المقصود إدخال الثالث المحـال عليه بأمل أن يتحمل، فإن لم يرضَ كان المحيل بريئا بمقتضى الشرط وليس للمحال رجعة عليه، لأنه قد احتال بهذا الشرط، اي أنه قـد قبل بسقوط دينه إذا لم يرض المحال عليه، فكأنما هو إبراء مشروط فيما إذا لم يرضَ المحال عليه بهذه الحوالة. وقواعد المالكية لا تأبى هذا الاسلوب. فإذا لم يرضَ المحال عليه - لأنه غير مدين ولا يرغب أن يتحمل - كان الدائن المحال هو المغرر بنفسه والمفرّط في حقـه حين وافق على براءة مدينه المحيل قبل أن يتثبت من رضا المحال عليه.

وبالرجوع الى عبارة الخرشي المنقول عنه في هذا المكان وجدتُ ظاهرها التناقض بين أولها وآخرها، فإنه في أول شرحه لهذه المسألـة (مسألة كون المحال عليه غير مدين للمحيل، ويعلم المحال ذلك، وشرط عليه المحيل براءة نفسه) ذكر أنه: يشترط فيها رضـا المحال عليه، ثم عاد الخرشي فقال في آخرها: إنه لا يشترط رضـا المحـال عليه.

وقد انتبه العدوي في حاشيته على الخرشي لهذا التناقض بين أول كلامه وآخره فعلق عليه بقوله: « هذا خلاف الحلّ الأول فقد ذكر في الأول أنه يشترط رضاه، وهنا قال لا يشترط وهو الظاهر ».

فاعتبر العدوي من اختلاف اول كلام الخرشي عن آخره أن في المسألة حلين، اي رأيين لكل منهما وجه يخالف الآخر، ورجح هو منهما عدم اشتراط رضا المحال عليه بقوله « والظاهر الأول ».

وبالتأمل في سياق كلام الخرشي اتجه لي أن ما ذكره اولاً مـن اشتراط رضا المحال عليه يقصد به اشتراط رضاه لكي يصبح ملتزمـاً بتحمل الدين عن المحيل وأدائه إلى المحال عليه، وأن ما ذكره آخراً من عدم الاشتراط يقصد به عدم اشتراط رضا المحال عليه لأجل صحة =

=براءة المحيل تجاه دائنه المحال حيث اشترط عليه المحيل براءة نفسه في هذه الحوالة رغم أن المحال عليه غير مدين له . فبقبول الدائن المحال هذا الشرط يصح هذا الابراء (كما صرح به العدوي في تعليقاته تفسيرا للمقصود بالصحة) ولا يكون للمحال رجوع على المحيل ولو لم يرض المحال عليه بهذه الحوالة . والخلاصة أنه يشترط رضاه لكي يلتزم بأداء الدّين المحال به عليه ، ولا يشترط لأجل سقوط دين المحال عن المحيل الذى اشترط براءة نفسه وامتناع الرجوع عليه .

هذا ما ظهر لي في فهم كلام الخرشي المضطرب في هذا المقام ، ويؤيد ذلك أني لم أجد للمالكية قولين باشتراط رضا المحال عليه وعدم اشتراطه كما ظن العدوي من مخالفة آخر كلام الخرشي لأوله ، وإنما الذى يذكرونه في هذه الصورة (صورة اشتراط المحيل براءة نفسه) أنه يشترط فيها رضا المحال عليه لأنها حَمالة ما دام غير مدين للمحيل قولاً واحداً لا يذكرون له مقابلاً ، والخرشي إنما ذكر آخراً عدم اشتراط رضاه بمناسبة مناقشته لبراءة المحيل وسقوط حق المحال في الرجوع عليه ، فيكون هذا محمل قوله انه لا يشترط رضا المحال عليه .

ثم رأيت في بلغة السالك ما يكاد يقطع كل شك في صحة هذا الفهم حيث قال في معرض شرحه لهذه المسألة من المتن ما ملخصه متناً وشرحاً:

« فإن علم المحال بعدم الدّين على المحال عليه ، وشرط المحيل البراءة من الدين الذى عليه صح وبرئ فلا رجوع عليه ولو مات المحال عليه أو أفلس ، وهي حينئذ حمالة يشترط فيها رضا المحال عليه . فإن لم يرضَ فليس للمحال رجوع على المحيل على قول ابن القاسم ، وهو الراجح ، أنه لا رجوع له عند شرط البراءة . ثم إن رضي المحال عليه لزمه والا فلا » . (بلغة السالك ٢/ ٢٠) .

فقد اتضح من هذه العبارة :

١ – أن رضا المحال عليه مطلوب ليلتزم بالأداء في هذه الحوالة .
٢ – أن المحال عليه الذى ليس مديناً مطلوب رضاه في هذه الحوالة التي اعتبرت حمالة ، فلرضاه معنى وجدوى مع شرط المحيل براءة نفسه .
٣ – أن رضاه لا يشترط لصحة براءة المحيل في هذه الحال ، فليس للمحال رجوع عليه في الراجح ولو لم يرض المحال عليه .

هذا ما ظهر لي في تحرير هذه المسألة التي اضطربت فيها ظواهر بعض النصوص عند المالكية والتبس ارتباط بعض الشرائط بمشروطاتها ، فليتأمل .

هذا ، ولزيادة الاستيثاق أرسلت رأيي هذا في هذه المسألة الى الأستاذين العلامتين الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور في تونس والشيخ عبد الجليل عيسى في مصر وكلاهما من أعلام المذهب المالكي ، استطلع رأيهما فيما علقته عليها ، فجاءني جوابهما مؤيداً ما فهمته من عبارة (الخرشي) . وأضاف الشيخ عبد الجليل نقلا عن الحطاب في كتابه « مواهب الجليل » أن لدى المالكية قولا – وإن كان خلاف المشهور – باشتراط رضا المحال عليه لأن المحال قد يكون عنيفا في الطلب كما يقول الحنفية ويعللون . ثم قال في جوابه : « كم من قول غير مشهور أثبتت الحوادث وتجارب الزمان انه هو الأليق بسماحة الشريعة . وهذا يبين حكمة ذكر الاقوال الضعيفة كما تفعلون في الموسوعة » .

بل قال علامة تونس الشيخ محمد الطاهر في جوابه : « إن تحقيق المذهب المالكي هو اشتراط رضا المحال عليه وإقراره بأنه مدين للمحيل .... »
(خبير الموسوعة)

هذه الحالة من رضا المحال عليه ليكون ملتزماً . والمسألة حينئذ تعتبر من قبيل الحَمالَة لا الحَوالة كما هو الشأن عندهم في كل حوالة لا يكون المحال عليه فيها مديناً للمحيل .

الثانية) – إذا كان بين المحال والمحال عليه عداوة سابقة : فإنه يشترط حينئذ رضا المحال عليه بالحوالة ، لئلا يتعرض رغم أنفه لشطط عدوه في مطالبته وإيذائه (١) .

وإذ المسألة الأولى حَمالة ، لا حوالة ، وهذه الثانية لا يصح فيها العقد أصلاً ، رضي المحال عليه أم لم يرضَ ، وهو المشهور عندهم في العداوة السابقة : أنها مبطلة ، فإذن لا استثناء أصلاً . وكذا في العداوة اللاحقة ، على تردد لهم فيها .

وقد نص الإمامية على أن رضا المحال عليه ليس على نمط رضا المحيل والمحال : فإن رضا هذين يتمثل بالإيجاب والقبول – وهما ركنا العقد – أما رضا المحال عليه فيكفي وجوده كيفما اتفق ، متقدماً على عقد الحوالة أو متأخرًا عنها أو مقارناً (٢) . وهو تقرير مذهبي ، لا يمثل جميع وجهات نظر أهل الفقه ، حتى في الحوالة المقيدة ، فإن كلام بعضهم صريح في أنه ركن ، كالكاساني من الحنفية (٣) . وهو المتبادر من كلام الإباضية .

أدلة كل من الفريقين :

٨٦ – ولكل من موجبي رضا المحال عليه ونفاته في الحوالة المقيدة وجهة نظر :

(١) الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٢ .
(٢) الروضة البهية ١/ ٣٦٦ .
(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٦ .

فللموجبين الأدلةُ التاليـة :

١)-دفع الضرر : فإن الدائن الأول قد يكون أرفق بمدينه ممن يريد إحالته عليه ، فلا يكلف المدين تحمل عنف هذا بغير رضاه ، إذ «لا ضرر ولا ضِرار في الاسلام»[١] .

٢)- القياس على المحال : فإنه مثله في أنه طرف في الحوالة ، لا تمامَ لها بدونه[٢] ، أو في أنه يترتب عليه بالحوالة التزامٌ لم يكن قبلَها[٣] . فليكن مثله في اشتراط رضاه .

والجواب : أن هنالك فرقاً بيِّناً . ذلك أن المحال هو صاحب الحق ، فلا ينتقل بغير رضاه ، فهو نظير البائع لَمّا كان الحق (وهو المِلك) له ، لم ينتقل إلا برضاه . أما المحال عليه فإن الحق عليه ، لا له ، فتستوي بالنسبة اليه تأديته لهذا أو لذاك ، فلاشأن لرضاه وعدمه[٤] .

٨٧-وللنفاة الأدلة الآتية :

١)-إطلاق السنة . إذ قال صلى الله عليه وسلم : «من أُحيل على مليء فليتّبعْ» ولم يقل : على مليء راضٍ[٥] .

٢)-قياس الحوالة بالدَّين على الوكالة بقبضه : فالعلة الجامعة بينهما أنَّ في كُلٍّ منهما تفويضاً بالقبض إلى أجنبي عن المدين؛ وإذْ كان لا جدال في أن التفويض بطريق الوكالة لا يحتاج إلى رضا المدين ، فليكن كذلك التفويضُ بطريق الحوالة وهذا ما لا جواب عنه[٦] .

٣)- قياس الحوالة على البيع ، بجامع أنّ في كل منهما تصرفاً من مالك في ملكه . وإذْ كان مسلَّماً أن الدائن إذا باع دينه إلى غيره جاز له ذلك بشرائط خاصة ، دون أن تتوقف صحة البيع أو نفاذه على رضا المدين ، فليكن الحكم كذلك إذا أحال عليه غيره .[٧]

٨٨-تنبيهات :

(أ)مما يلفت النظر أن قوة الدلالة التي يتمسك بها نُفاة اشتراط رضا المحال عليه حَمَلَتْ أحد فقهاء الشيعة الإمامية المتأخرين على الانتصار لهم غير آبه بالمشهور في مذهبه ، ما دام الدَّينان متفقين جنساً وصفةً . ثم عقّب قائلاً ما خلاصته : أما عند اختلافهما فلا بد من رَضا المحال عليه ، لأنها إذن بمثابة معاوضة جديدة . نعم إن رضي المحال بأخذ

---

(١) الرهوني على خليل ٣٩٩/٥ .
ويمكن الجواب عن ذلك بأن نرتكب أخف الضررين . ولاشك أن الضرر الذي يلحق الدائن الأول برد حوالته عليه -وقد لا يكون له من دائنه مخلص سواها- أفدح بكثير من تحمل المحال عليه ما عساه يكون هناك من تفاوت في حسن التقاضي . رد على أن الحوالة قلما يجدي المحال عليه ، فإن الذى يهرب منه سيعود عليه من وراء وراء حين لا يجد المحيل بداً - تحت وطأةعنف المطالبة - من أن يلجأ معه الى مثلها أو أشد .
(٢) المهذب ٣٤٥/١ .
(٣) تذكرة الفقهاء ١٠٥/٢ .
(٤) المهذب ٣٤٥/١ .
(٥) الرهوني على خليل ٣٩٥/٥ .
(٦) المهذب ٣٣٨/١ .
(٧) عارضة الأحوذي على الترمذي ٤٨/٦ . وهذا يلزم مجيزي الأصل المقيس عليه وهو بيع الدين من غير من هو عليه ، ولا يلزم الحنفية وأضرابهم ممن لا يجيزونه ، إلا إذا ألزموا أولاً بحكم الأصل . نعم هم يجيزون الحوالة المقيدة بعين للمحيل عند المحال عليه كوديعة ، ثم هم لا يوقفون صحة بيع الوديعة على رضا من هي عنده ، فلتقس الحوالة على هذا البيع بالنسبة إليهم . وإذن تقوم الحجة عليهم إلزاما لهم بما يقولون .
ويتلخص القياسان في أن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره (مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢) .

جنس ما على المحال عليه فلا معنى عندئذ لاعتبار رضاه أيضاً [١] .

(ب) لا يشترط اتحاد المحال عليه . فالألف إذا كانت ديناً عليك ، فأحلت بها على شخصين كلٌ منهما مَدينٌ لك بخمسمائة ، فهي حوالة صحيحة ، كما لو كانا وكيلين لك في إيفاء دينك على هذا النحو [٢] .

المطلب الثاني
الصيغة التعبيرية او ما يقوم مقامها
(اولا)
المراد بالصيغة

٨٩ – الصيغة تتألف من إيجاب وقبول [٣] . والإيجاب هو قول الطرف البادئ بالعقد ، والقبول هو القول المتمم له من الطرف الآخر [٤] بأية ألفاظ تدل على معنى الحوالة. ويقوم مقام الألفاظ كل ما يدل دلالتها ، كالكتابة ، وإشارة الأخرس المفهمة ، ولو كان الأخرس قادرًا على الكتابة فيما اعتمدوه [٥] .

يقول صاحب البدائع : «فالإيجاب أن يقول كل واحد منهما : قبلت ، أو رضيت ، أو نحو ذلك مما يدل على الرضا» [٦] .

والواقع أنه يكفي أن يجري الإيجاب والقبول بين اثنين فحسب أياً كانا من هذه الأطراف الثلاثة لتنعقد الحوالة ، لكنها عندئذ قد تنعقد ناجزة أو موقوفة على رضا الثالث بحسب كون الثالث أيّ الثلاثة هو :

أ) – فإن جرى الإيجاب والقبول بين المحال والمحال عليه وكان الثالث هو المحيل انعقدت الحوالة ناجزة دون توقف على اجازته بناءً على رواية الزيادات وهي الصحيحة ، وخلافاً لرواية القُدوري التي اشترطت رضاه ، ولو خارج مجلس العقد .

ب) – وإن كان الثالث هو المحال عليه انعقدت موقوفةً على إجازته ولو خارجَ مجلس العقد خلافاً لما قرره صاحب البدائع من اشتراط مجلس العقد [٧] . وقد وافقه على ذلك صاحب البحر أولاً [٨] ، ثم عاد في موضع آخَر فنقل هو ومحشّوه خلافه (أي عدم اشتراط مجلس العقد) عن البزازية والخانية والخلاصة والدرر والغرر [٩] .

ج) – وإن كان الثالث هو المحتال (المحال) انعقدت موقوفة أيضاً على إجازته ولو خارج مجلس العقد ، أخذًا بمذهب أبي يوسف الذي اعتمدته المجلة (م/٦٨٣) تيسيرًا على الناس في معاملاتهم ، وإن شرط أبو حنيفة ومحمد قَبوله في مجلس العقد ، واعتبره شيوخ الحنفية المصحح في المذهب .

٩٠ – فهذه ثلاث صور إجمالاً ، ست تفصيلاً : إذ في كل صورة يمكن أن يكون الإيجاب من هذا ، والقبول من ذاك أو بالعكس .

١) – ففي الصورة الأُولى إذ يكون الثالث هو المحيل) : يمكن أن يقول المحال للمحال عليه : خذ

---

(١) الروضة البهية ٣٦٦/١ .
وبهذا أخذ القانون المدني المصري في المادة ٣٠٣ ونصها : «يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر – إلا إذا حال دون ذلك نص القانون ، أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام – وتتم الحوالة دون حاجة الى رضا المدين » .
(٢) المغني لابن قدامة ٧٠/٥ .
(٣) فتح القدير على الهداية ٤٤٣/٥ والبحر على الكنز ٢٦٧/٦
(٤) وقد يطلق القبول – بشيء من التجوز – ويراد به التعبير في مجلس العقد عن الرضا ، سواء تمثل في المبادأة أم في التعقيب المتمم (ابن عابدين على الدر ٢٩٠/٤)
(٥) الاشباه والنظائر بحاشية الحموي ٢٩٩/٢
(٦) البدائع ١٥/٦ ونقله في البحر ملخصاً ٢٦٨/٦

(٧) البدائع ١٦/٦
(٨) البحر ٢٦٨/٦ .
(٩) البحر على الكنز ٢٦٩/٦

عليك حوالة ديني الذي لي على فلان ، فيقول :قبلت ، أو يقول المحال عليه للمحال : اقبل عليّ حوالةَ دينك الذي على فلان ، فيقول : قبلت .

٢)- وفي الصورة الثانية إذ يكون الثالث هو المحال عليه) قد يقول المحيل للمحال : أحلتك على فلان ، فيقبل ، أو يقول المحال للمحيل : أحلني على فلان ، فيقول : أحلتك .

٣)- وفي الصورة الثالثة إذ يكون الثالث هو المحال) ربما قال المحيل للمحال عليه : خذ عليك حوالة الدين الذي بذمتي لفلان ، فيقول : قد فعلت ، أو ربما قال المحال عليه للمحيل : أحل عليّ فلاناً بدينه عليك ، فيقول : فعلت [١] .

٩١ - والمراد بالإيجاب في كلام غير الحنفية : كل ما يدل على النقل والتحويل كأحلتك ، وأتبعتك ، وبالقبول : كل ما يدل على الرضا بهذا النقل والتحويل ، نحو رضيت ، وقبلت ، وفعلت . ومن القبول: أحلني ، أو لِتُحلني (بلام الأمر) ، على الأصح من خلافٍ فقهيٍّ عامٍّ ، لدلالته على الرضا ، ويغني عن إعادته مرة أخرى بعد الإيجاب ، وإن قيل لا لأنه ليس إلا لاستبانة الرغبة ، وهذا القِيل هو الذي رجحه الإمامية .

فلو قال الدائن لمدينه : أحلني على فلان فقال : أحلتك ، لم يكفِ ذلك عند الإمامية وموافقيهم ، حتى يقول الدائن : قبلت ، أو رضيت ، أو ما شاكل ذلك [٢] . وهو مبنيٌّ نظريّاً على أنّ الإيجاب أصل ، والقبول فرع ، والفرع لا يتقدم على أصله [٣] .

(ثانيا)

هل تتغير الحوالة بالفاظ معينة

٩٢ - ولا تَقَيُّد بألفاظ معينة في عقد الحوالة ، شأنها في ذلك كسائر العقود ، إذ العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ . ولذا قالوا : إن الكفالة بشرط أن يبرأ الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط ألاّ يبرأ كفالة [٤] فيتبع المعنى جريانُ أحكام الحوالة أو الكفالة ، كما نص عليه في البحر .

فإذا اختلفت الأطراف المعنية ولا بينة : أهي كفالة بشرط براءة الأصيل - أي حوالة معنى - أم بدون شرط البراءة ؟ فالمصدَّق هو الدائن الطالب ، لأن الأصل بقاء حقه في مطالبة الأصيل ، فلاينتقل إلا بإقراره [٥] ، وسيأتي في فصل الآثار مزيد أمثلة للحوالة بغير لفظها .

٩٣ - وقليلون هم الذين ينازعون في أن الحوالة لا تتقيد بألفاظ معينة ، وأنها تنعقد بكل ما يفيد معناها ، كنقلت حَقّك إلى فلان ، أو جعلت ما أستحقه على فلان لك ، أو ملكتك الدين الذي عليه بحقك [٦] ، أو أتبعتك دينك على فلان ، أو اقبض ديني عليه لنفسك ، أو خذْ - أو اطلبْ - دَينَك منه [٧] .

(١) البحر على الكنز ٢٦٩/٦

(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٥/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٥/٢

(٣) ولكن ما الذي جعل هذا أصلاً ، وذاك فرعاً ؟ولِمَ لا يكون كلاهما أصلاً في ذاته ، كما قرره واعتمده جماهير أهل العلم (الأشباه للسيوطي ٢٣٠) ما دام لا إشعار له بالتوقف على سابقة يبنى عليها ؟ فإذا جرينا على ما عليه الجماهير من اعتبار الطلب السابق (لا الصيغ الإخبارية : مثل احتلت ، أو أحتال) دليلاً كافياً على الرضا ، فلا مانع من اعتباره إيجابا - كما فعل الحنفية - لانه قد دلّ فعلاً على شطر العقد وأوجبه ، أي أثبته . فلا خلاف في المعنى من هذه الناحية .

(٤) مجمع الأنهر ١٢٥/٢ وجامع الفصولين ١٦٩/١ والبحر الرائق ٢٣٩/٦ ونصت على ذلك المجلة م/٦٤٨ و٦٤٩ ومرشد الحيران م/٨٩١

(٥) الفتاوى الهندية ٣٠٤/٣

(٦) مغني المحتاج ١٩٤/٢

(٧) كشف المخدرات ٢٥٤ والإنصاف ١١٥/٥ وغاية المنتهى ١١٤/٢

ويوافق الإباضيـة على أن الحوالة بشرط عـدم براءة الأصيل حَمالة ، والحَمالة بشرط براءته حَوالة[١] ، ثم يُعَدِّدُونَ طائفـة كبيرة من الأمثلـة ، إلا أنهم يراعون فيها المعتمَد عندهم من اشتراط حضور الأطراف الثلاثة (المحيل والمحال والمحال عليه) وهاكَ طرَفاً منها :

- أن يقول المحيل للمحال : أحلتـك على هـذا بمَا لَكَ عليَّ ، أو رددتك عليه بما لك عليّ ، أو رددت إليك الدَّيْن الذي على هـذا .

- أو يقول للمحال عليه : أحلتُ عليك هـذا - أو رددتُه عليك - بدَينه عليّ . وقد يصرح باسميهما ، أو يسمي واحدًا ، ويشير إلى الآخـر .

- أن يقول المحال للمحيل : اردُدني على هـذا (أو على فـلان) بما لِـي عليك ، أو اردده إليّ بما لي عليـك .

- أن يقول المحـال عليـه للمحيل : اردُدني لفلان بما لَهُ عليك ، أو اردُدْه إليّ بما لَه عليك .

٩٤ - تلك القِلّة المنازعة في عدم اشتراط ألفاظ معينة في صيغة الحوالة تتـألف من الزيدية - لأول النظر - وبعضِ المالـكية ، أما أكثرُهم فمع الجمهور إلا أنهم يحتاطون فيمثّلون بقوله : أحلتك بحقـك على هذا وأبرأ إليك منه ، أو ما هـذا معناه ، مثل : خُذْ من هذا حقَّك وأنا بريءٌ من دَينك[٢] .

ويستفـاد مـن كلام البـاجي في شرح الموطأ (المنتقى) أن التعقيب بمثل «وأنا بريء إليك منه» محتـاج إليـه في مثل العبارة الثانية ، لا الأُولى ، فهو يقول : «ذهب بدائنه إلى مدينه وقال له : خذ منه ، وقال للمدين : ادفع إليه ، هذه ليست حوالة ، وللمحال الرجـوع ، لأنه يقـول : إنمـا أردت أن أكفيَك التقاضيَ ، وإنما تصح الحوالة بصيغتها ، بأن يقول : أحلتك بحقك على هذا ، أو أبرأ إليك بذلك»[٣] .

وهو شبيه بما حاوله البلقيني من الشافعية ، إذْ أراد أن يجعل قول المدين لدائنه : أحلتك على فلان بـكذا من قبيل الـكناية في الحوالة ، ولا يكون صريحاً حتى يضيف قوله : «بالدين الذي لك عليّ» واستند في محاولته هذه إلى قبول الصيغة الأُولى للمنازعة : أهي حوالة أم وكالة ؟ ولكنهم ردوا عليه محاولته قائلين : إنها صريحـة ، ما لم يوجـد صـارف ، كسـائر الصرائـح[٤] .

ومن المالـكية اعتمـد خليـل في مختصره طريق الغُلُوِّ اللفظي ، واشتراط لفظة الحوالة دون بديـل ، وهو الذي جرى عليه أبو الحسن من أئمة المالكية[٥] . وعليه الزيدية ، إلا أنهم يجعلون مثل لفظ الحوالة لفظَ الضمان بشرط براءة الأصيل[٦] .

٩٥ - وقد قال الشافعية «ليس لنا عقـد مختص بصيغـةٍ إلا النـكاح ، والسَّلَم»[٧] ، فخـالفهم الجمهور ، وسادت القاعدة الفقهية القائلة : «العبرة

---

(١) شرح النيـل ٤/٦٦٥
(٢) الخرشي على خليل ٤/٢٣٣
(٣) المنتـقى ٥/٦٩
(٤) مغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٤
(٥) الخرشي على خليل ٤/٢٣٣
(٦) البحر الزخـار ٥/٦٧
ومن عجبٍ أنه جمع بين الجمود على اللفظ في التعبير بلفظ الحوالة ، واعتبار المعنى في التعبير بلفظ الضمان مع البـراءة ، وكان مقتضى هذا الأخير عدم الوقوف عند هذين ، ولعلـه مقصودهم وإن كانت العبارة قاصرة ، ولذا صرحوا في الضمان بأن العبرة بالمعاني ، لا بالألفاظ (البحر الزخار ٥/٧٤) كما أن المالكية يعتقدون خلاف ما قاله أبو الحسن (ر : الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٢٦) .
(٧) الأشباه للسيوطي ٢٣٠ والمراد الاختصاص بصيغة من مادة لفظية معينة.

في العقود بالمعاني لا بالألفاظ » حتى في السَلَم نفسه نجد شيخَ الإسلام زكريا الأنصاري - شيخَ متأخري الشافعية - يرجح أن شراء شيء في الذمة بلفظ البيع سَلَم ، لأن الأحكام تابعة للمعاني[1] ، وإن كان ما زال للرأي المقابل وهو أن « العبرة في العقود بالألفاظ لا بالمعاني » آثار باقية في التطبيق الفقهي الأول يتعلق بها المتأخرون .

ومن ذلك ما يقول السيوطي : « إذا قال : ضمنت ما لك على فلان ، بشرط أنه بريء ، ففي قول : إنه ضمان فاسد ، نظرًا إلى اللفظ ، وفي قول : إنه حوالة بلفظ الضمان نظرًا إلى المعنى ، والأصح الأول . ولو قال : أحلتك بشرط أنْ لا إبراء ، ففيه القولان (يعني انه حوالة فاسدة نظرًا إلى اللفظ ، أو ضمان صحيح ، نظرًا إلى المعنى) والأصح فساده[2] .

ومن ذلك أيضاً ما يقوله الخطيب « ولا تنعقد بلفظ البيع مراعاةً للفظ ، وقيل : تنعقد مراعاة للمعنى ، كالبيع بلفظ السلم » [3] .

وكذا ما يقرره المالكية من أن الحمَالة إذا شرط فيها براءة الأصيل تبقى حَمالة [4] . وهذا الشرط لازم للمتحمل جائز ، أي غير لازم ، من جهة الدائن ، خلافاً لابن الماجِشُون ، فإنه يقول : الشرط باطل ، والدائن ، على أصل الحمالة ، لا يطالب المتحمِّل إلا عند غَيبة الغريم أو عُدْمِه [5] .

٩٦ - والمالكيةُ أنفسُهم يتوسّعون ما لا يتوسّع غيرهم ؛ فتراهم ، وهم بصدد صيغة الحوالة يقولون : إنها تحصل « ولو بإشارة أو كتابة » ويطلقون ذلك إطلاقاً يتناول القادر - على النطق - والعاجز ، ثم يعقبون بمقابل ضعيف عندهم - وإن اعتمده بعض متأخريهم[6] - قائلين : وقيل : لا تكفي الإشارة والكتابة إلا من الأخرس [7] .

والإمامية يكتفون من العاجز عن النطق بالإشارة دون الكتابة - لاحتمال أنه يعبث بالكتابة - ما لم تقترن بإشارة دالة على الرضا بمضمونها [8] .

(ثالثا)
اختلاف المتعاقدين في ان المقصود بالحوالة وكالة

٩٧ - قد يختلف المحيل والمحال في حقيقة العقد الواقع بينهما : هل كان حوالة أو وكالة عن المحيل بقبض الدين من المحال عليه .

وفي هذه المسألة احتمالان :

أ) - إما أن يختلفا في اللفظ المستعمل بينهما نفسه : هل كان لفظ الحوالة أو الوكالة؟ .

ب) - وإما أن يتفقا على أن اللفظ المستعمل بينهما كان لفظ الحوالة ولكن المحيل يقول : إنه إنما أراد بذلك وكالة بقبض دين له على الثالث ، أما المحال

---

(١) نهاية المحتاج على المنهاج بحواشيها ١٠٠/٤

(٢) الأشباه للسيوطى ١٤٩

(٣) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢

(٤) أي إنها لا تعتبر بهذا الشرط حوالة نظراً للمعنى ، بل تكون حمَالة (أي كفالة) نظراً للفظ .

(٥) المنتقى ٦٩/٥ ، ثم ما يصنع الواقفون عند ألفاظ بعينها بمن =

= لا يستطيع الكلام ، كالأخرس ، ومقطوع اللسان ، ومن على شاكلتهما ممن لا يكاد يُبين ؟ لا ينازع أحد في الاعتماد على إشارتهم المفهمة ، وما ذلك إلا الحوالة بالمعنى .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير ٣٢٧/٣

(٧) بلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢

(٨) تذكرة الفقهاء ٨٥/٢

فيدعي أن المقصود بالحوالة معناها الظاهر المتبادر الحقيقي وليس الوكالة .

ففي الحالة الأولى : يكون من الواضح أن القول للمحيل في عدم الحوالة لأنها عقد مُلزم ، فلا يثبت عليه إلا ببينة ، إذ الأصل عدمه وعلى مدعيه إثباته .

وفي الحالة الثانية : يقبل في القضاء زعم المحيل بيمينه أنه إنما أراد الوكالة ، لأن لفظ الحوالة صالح لمعنى الوكالة أيضاً بطريق المجاز ومستعمل بمعناها في العرف الفقهي ، كما وقع في كلام الإمام محمد وغيره[١] ، ولا سيما أن الأصل عدم الحوالة وبقاء حق المحيل دون مُسقِط ، ولأن المحال حين يتمسك بمعنى الحوالة إنما يدعي على المحيل دَيناً ، فإذا أنكر المحيل ولا بينة ، لم يكن عليه إلا اليمين ، لنص الحديث المشهور : (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) [٢] . ولا يكون استعمال لفظ الحوالة بمثابة إقرار من المحيل بدين عليه للمحال ما دام لفظها صالحاً لمعنى الوكالة . وبهذا الأصل يتمسك لقول محمد - في رواية ابن سماعة - أن للمحيل أن يقبض المال في غيبة المحال ، وأن ينهى عن دفعه إليه بدعوى أنه حين أحاله إنما أراد توكيله . وإن كان الذي رواه بشر - واعتمدوه ويعزى إلى أبي يوسف [٣] - خلاف ذلك ، بناء على أن تصديقه في دعواه هذه هو من قبيل القضاء على الغائب . نعم إذا كان في صيغة التعاقد نفسها - وراء ظاهر اللفظ - ما يكذب هذا الادعاء ، فلا سبيل إلى قبوله . ولذا ينصون على أنه إذا وقعت الحوالة بصيغة : اضمن عني كذا من المال لفلان ، كانت دعوى الوكالة كذباً مرفوضاً ، لأن الصيغة لا تحتملها[٤] .

٩٨ - وقد توهَّم بعض أهل العلم أن قبول قول المحيل بأن الحوالة كان المقصود بها وكالة ، وتعليله بأن كلمة الحوالة مستعملة في الوكالة ، فلا تكون إقراراً بدَين المحال ، لا يستقيم إلا بناء على أن كلمة الحوالة مستعملة في المعنيين (معنى الحوالة ، ومعنى الوكالة) على سواء ، لتكون من قبيل اللفظ المشترك ، ولا يكفي أن يكون استعمالها في الوكالة من قبيل المجاز المتعارف - إلا عند الصاحبين ، لأن الحقيقة مقدَّمة على المجاز عند الإمام ، ولذا تكلف شمس الأئمة السرخسيّ فحمل المسألة على : ما إذا ادعى المحال أن ما على المحال عليه ليس إلا ثمن مال له هو ، وأن المحيل كان وكيلاً عنه في بيعه . فالدَين دَيْنه هو ، وقد وصل إليه حقه . وإذن يكون القول للمحيل ، لأن أصل المنازعة وقع بينهما في مِلك ذلك المال ، واليد كانت للمحيل فالظاهر أنه له[٥] . وعلق عليه الكمال بن الهمام تعليقاً ذا بال ، وذلك إذ يقول : «ظاهره تخصيص المسألة بنحو هذه الصورة ، وليس كذلك بل جواب المسألة مطلق في سائر الأمهات ، والحق أنْ لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون اللفظ : (أحلتك بألف) يراد به ألف للمحيل ، لأن ثبوت الدَين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة ، بل لا بد من القطع بها من جهة

(١) الزيلعي على الكنز ١٧٣/٤

(٢) هكذا بهذا اللفظ عند البيهقي بسند صحيح . وأصله في الصحيحين وغيرهما بلفظ : « شاهداك أو يمينه » . وعند أحمد ومسلم بلفظ : « لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » . (نيل الأوطار طبع العثمانية ١٣٥٧ هـ ٣٠٢/٨ و ٣٠٥ والبدائع ١٩/٦ وأبو السعود على ملامسكين ٢٢/٣ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣٠٤/٣ وأبو السعود على ملا مسكين ٢٢/٣ .

(٤) البحر ٢٧٤/٦

(٥) فتح القدير ٤٥٠/٥

اللفظ أو دلالته ، مثل : له علـيّ أو في ذمـتي ، لأن فراغ الذمة كان ثابتـاً بيقين فلا يلزم فيـه ضرر شغـل ذمتـه إلا بمثلـه من اللفظ ، ومنـه قولـه : اتّزِنْهـا ، في جواب : « لي عليك ألف » للتيقن بعود الضمير في اتّزِنْهَا على الألف المدّعاة بخلاف مجـرد قوله : أحلتك »[1] .

٩٩ - ويترتب على ذلك :

أ) - أنه إذا كان المحال قد قبض بالفعـل دين الحوالة ، التي أنكر المحيل حقيقتها ، بدعوى أنهـا وكالة ، فإنه يؤمر برد ما قبضه إلى المحيـل ، إذ قد سقط - بسقوط دعواه - حقه فيه[2] .

ب) - إذا كان المحيل صادقاً في دعـواه - وليس كاذباً يريد الحيلة - فإن الحوالة لايكون قـد طرأ عليها أيُّ تغيير ، إلا بحسب ظاهر الحال ، وهي إذن لم تنعقد من الأصل حوالة حقيقيَّةً ؛ بل وكالة .

١٠٠ - رأي غير الحنفية : الذي قـرره الحنفيـة في هذه الحالة ، هو قول المزني عند الشافعيـة ، وقد اعتمدوه ، لأن الأصل بقاء الدين في محـله ، ولكن أبا العباس بن سُرَيـج منهم ينازع فيـه ، وعنـده أن مدعي الحوالة هو الذي يصـدَّق بيمنيـه ، لأن استعمال صيغة الحوالة بلفظها يؤيده ، فالظـاهـر معه ، كما لو تنازع اثنان على مِلك دار ، وهـي في يد أحدهما ، وسيأتي الفصل في الموضوع وَفْـقَ القواعد المقررة (رَ : ف/١٠١) .

وواضحٌ أن حكم المسألة يبقى كما هـو بطريق الأولوية ، بل وبلا خلاف ، إذا كان النزاع منصباً على اللفظ الذي استعمل : أكان لفظ الحوالة أم لفظ الوكالة .

والفرض أنْ لا بينةَ لأحدهما ، وإلا عمـل بهـا في هذه الصورة الأخيرة ، لإمكانها ، وهـذا مما نص عليه الشافعية ، كما نصوا على أن منكر الحوالة هو في معتمَدهم المصدَّقُ على كل حال - لأن الأصـل معه - ولو كان منكرَها وزاعمَ الوكالة هـو المحال نفسه لأمر مـا ، كمـا لو تبين له إفلاس المحـال عليـه[3] .

ومن أهم ما صرحوا به أيضاً أن محـل الخلاف إنما هو فيما إذا كان المحيل مقرًّا بدَين المحال ، وإلا فلا يتجه سوى تصديق المحيل ، وللمحال تحليفه على نفي دَينه ، لأنه ، أي المحيل ، متمسك عندئذ بنفس الأصل الأول الذي لا تتحقـق حـوالة إلا بعـد تحققه وهو كونه مديناً للمحال[4] .

وكما وافق الشافعيةُ - في المعتمد لديهم - الحنفيةَ في الأصل ، وافقوهم في الاستثناء أيضاً - إذ هـو مما لا يقبل النزاع ، فذكروا أنه إذا كان في صيغة التعاقد ما يكذّب المحيل - كما لو قـال : أحلتـك بالمائة التي لك في ذمتي على فـلان مَديني - فالقول قول المحال عندئذ ، لأن هذا لا يحتمل غيرَ الحوالة[5] وكلُّ ما قرره الشافعية ؛ أصلاً واستثناءً ووفاقاً وخلافاً وترجيحاً ، ذكره الحنـابلة والإماميـة حَذْوَ القُـذَّة بالقُذَّة[6] . ونص عليه الإباضية ولكن بتدقيق شديد .

(١) فتح القدير ٤٥٠/٥
(٢) ابن عابدين على الدر ٢٩٣/٤

(٣) نهاية المحتاج على المنهاج ٤١٧/٤
(٤) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٧/٢ ونهاية المحتاج ٤١٧/٤
(٥) مغني المحتاج ١٩٧/٢
(٦) المغني لابن قدامة ٦٣/٥ - ٦٤ والفروع ٦٢٩/٢ ومطالب أولي النهى ٣٣١/٣ وتذكرة الفقهاء ١١١/٢ وشرح النيل ٦٦٦/٤

١٠١ - والقولان اللذان ذكرهما الشافعية يوجدان أيضاً عند المالكية . فابن القاسم يرى رأيَ المزني ، وابن عبد الملك يرى رأي أبي العباس ، وإن كان الذي يوجد لكل منهما إنما هو نصوص جزئية قام أصحابهما بتخريج نظائرها عليها ، وقد جرى خليل على الثاني ، ولكنهم نقدوه وآثروا الأول[١] .

وقد نص الزيدية عليه في الحالتين قولاً واحدًا . إلا أن منهم من قيده بما إذا كان المحيل منكرًا للدَين - كما هو المتبادر من كلام الحنفية - وإلا فالمصدَّق منهما من يشهد له ظاهر اللفظ من إحالة أو توكيل . قال المهدي في البحر : وهو قويٌّ[٢] .

ومن آثار هذا الخلاف : فيما نص عليه الشافعية والحنابلة والإمامية حالات واحتمالات تختلف في الأحكام تبعاً لِمَا إذا كان منكر الحوالة ومدعي الوكالة هو المحيل أو المحال . وتفصيل ذلك كما يلي :

١٠٢ - الحالة الأولى - حين يكون المحيل هو منكر الحوالة :

ا) - فعند من يقولون بترجيح زعم مثبتها (وهو المحال) تثبت الحوالة بيمينه وتترتب عليها آثارها ، وفى طليعة هذه الآثار براءة المحيل ، ومطالبة المحال عليه .

ب) - وعند من يقولون بترجيح زعم منكرها (وهو المحيل) تنتفي الحوالة وتثبت الوكالة بيمينه . ثم تبرز بعد ذلك احتمالات ثلاثة : لأن المحال إما أن يكون قد قبض المال من المحال عليه ، أو لم يقبضه ، وفى الحالة الأُولى : إما أن يكون المال باقياً عنده أو هالكاً .

١٠٣ - الاحتمال الأُول) أن المحال لم يقبض المال :

في هذه الحالة ينعزل الوكيل من الوكالة بإنكاره إياها ، فلا يكون له الحق فى القبض من المحال عليه ، وهل يرجع بدَينه على المحيل ؟ الصواب : نعم ، لأن المحيل ينكر الحوالة ، وقيل : لا يرجع ، مؤاخذةً له بقول نفسه لأن مقتضى الحوالة التى يدعيها براءة المحيل ، وثبوت حقه على المحال عليه - ولو قبضه المحيل منه ، لأنه فى نظره وزعمه ليس إلا قبضَ ظالمٍ ما ليس له بحق .

١٠٤ - الاحتمال الثانى) أن المحال قبض المال ، وما زال عنده :

فى هذه الحالة يكون على المحال رد ما قبضه إلى المحيل ، وللمحيل استرداده منه ، ثم يرجع هو على المحيل بدَيْنه ، لأنه إن كان محالاً فقد استرد منه المحيل ما قبضه على أساس الحوالة فعلى المحيل أن يفيَه دَينه ، وإن كان وكيلاً فحقه باقٍ فى ذمة المحيل .

---

(١) الخرشي على خليل ٢٣٧/٤ وكلامهم إنما هو في حالة الاتفاق على وقوع العقد بلفظ الحوالة ، ولكن حالة الاختلاف في اللفظ أولى بما رجحوه .

(٢) البحر الزخار ٦٩/٥ . . .

والمسألة - بعد الاقرار بالدين ، والاتفاق على لفظ الحوالة - هي مما تعارض فيه أصل وظاهر ، (والأصل هنا هو العدم ، والظاهر هو استعمال لفظ الحوالة) فلا يكتفى بالحكم بأحدهما حتى يلتمس مرجح من خارج .

وقد يتجه أن يقال : إنهحين يكون منكر الحوالة هو المحيل فهو المصدق ، لأن الأصل الذى معه في هذه الحالة يترجح بأن القول قولهفي أصل الإذن، فيكون القول قوله أيضاً في صفته . وحين يكونمنكرها هو المحال ، فإنه لايصدق ، بل المصدق هو المحيل أيضاً ، لأن الظاهر الذي مع المحيل في هذه الحالة يعتضد بما اعتضد به في الأصل في الحالة الأولى .

وعند الاختلاف في اللفظ الذي استعمل : هل كان لفظ الحوالة او الوكالة ؟ لا يوجد عندئذ تعارض بين أصل وظاهر ، بل الأصل في الميدان، وهو عدم الحوالة المتنازع عليها ، فيعمل به . ثم وجدنا هذا التخريج فيما بعد منصوصا عند الإباضية .
(ر : شرح النيل ٦٤٣/٤ و ٦٤٤)

هـكذا قـالوا ، مع تسليمهم بأنـه دائن ، ولـم يقولوا بالمقاصّة ، لأن الذى بيده عين والـذي لـه دَينٌ ، والمقاصّة عندهم إنما تكون بين دَينين متساويين جنساً وقدرًا وصفةً : فليس لهـا هنا موضع .

نعـم إن خشيَ ضياعَ حقه كان له ، بينه وبين الله ، أخذُ ما معه على سبيل الظَفَر بالحق [١] .

وهناك من يقول : ليس للمُحَـال حـقٌ الرجوع بدينـه ، مؤاخذةً له بمقتضى قوله ، لأنـه بإقراره بالحوالة مقر ببراءة ذمة المحيل من هذا الدين .

١٠٥ ـ (الاحتمال الثالث) أن المُحَال قَبض المال ، ولكنه هلك عنده :

فلا حَقّ للمحيل على المحال ، ولا للمحـال عـلى المحيل ، سـواء كان التلف بتفريط منـه أم بدون تفريط :

ـ فإن كان بتفريط ، فلأنه إمّا مالُه قد تلف بيده ، وذلك إذا كان في الواقع صادقاً في زعمه الحـوالة ، وإما مال لزمه ضمانُه ، فيثبت عنيه مثلُ ما لَه عند المحيل ويتقاصّان .

ـ وأمّا إن كان بغير تفريط ، فلأن المحيل مُقرٌّ بأن المال إنمـا تلف في يَد أمينِـهِ ، أي وكيلِـه بمقتضى دعواه ، والفرض أنْ لا تعدّيَ . وإن كان البَغَوي من كبار الشافعيـة ، ينازع في هذا ، بناء على أن أخـذ الوكيل لنفسه يوجب ضمانه ويقول : إنه يضمن لثبوت وكالته [٢] . كما إنه ، أي المحـال ، مقـر بأنه قد استوفى حقه ، وتلف عنده [٣] .

١٠٦ ـ (الحالة الثانيـة) حين يكون المحال هـو منكر الحوالة :

أ) ـ فعند من يقولون بترجيح زعمِ مثبِتها (وهو المحيل) : تثبت الحوالة بيمينـه ، وتترتب عليهـا أحـكامهـا ، فيبرأ المحيل ، ويُطالَب المحالُ عليـه ، ثم ما قبض منه يـكون للمحـال لأنا إذا نظرنـا إلى جانب المحيل ، فهذا هو مقتضى الحوالة التي أقرَّ هو بها ، وإذا نظرنا إلى جانب المحال ، فإنه ظافـر بجنس حقه الذي يأبى المحيـل تسليمه إليه .

ب) ـ أما عند من يقولـون بترجيـح زعم نافيها (وهو المحـال) فتثبت الوكالة بيمينه ويعتبر وكيلاً بالقبض عن المحيل ، كما إن المحيل في تمسكه بأن العقد كان حوالة يكون معترفاً بدَين المحال في ذمته .

ثم الاحتمالات بعد ذلك ثلاثة : لأن المحال إمـا أن يكون قد قبض المـال من المحـال عليـه ، أو لم يقبضه ، وفي الحالة الأولى : إما أن يكون المال باقياً عنده أو هالـكاً .

١٠٧ ـ (الاحتمال الأول) أن المحال لم يقبض المال :

وفي هذه الحـالة يأخذ المحال حقه من المحيل ، ثم يكون للمحيل مطالبة المحال عليه بدينه ، لأن الواقـع إن كان وكالةً ـ كما ثبت ظاهـرًا ـ فدَيْنه ما زال في ذمة مدينه لم يقبضه الوكيل بعد ، وإن كان في الواقـع حـوالةً ، فـإن المحـال لم يعمـل بمقتضاها ، لأنها اعتبرت في الظـاهر وكالة ، وبدلاً من أن يأخذ المحال حقه من المحال عليـه ، أخـذه من المحيل ظلماً وعدواناً ، فيكون له ـ رغمَ إقراره بأنَّ ما في ذمة المحال عليه هو للمحيل ـ أن يأخذه لنفسه وفاءً بما أخذه المحال منه ، كالظـافر بجنس حقه ، وهذا هو الذي رجحه ابن المُقْري من متأخري

---

(١) نهاية المحتاج على المنهـاج بحواشيه ٤/٤١٧ ومغني المحتـاج ٢/١٩٧

(٢) نهاية المحتاج ٤/٤١٧

(٣) المهـذب ١/٣٣٩ والمغني لابن قدامة ٥/٦٤ / ٦٥ والفروع ٢/٦٢٩ وتذكرة الفقهاء ٢/١١١

الشافعية والقاضي من الحنابلة . وإن كان ثَمّ من يمنعه من أخذه ، وقوفاً عند مؤاخذته بإقراره هذا .

١٠٨ ـ (الاحتمال الثاني) أن المحال قبض المال ، وما زال عنده :

في هذه الحالة يكون له الحقُّ في تملك ما قبض . لأنه مع ثبوت الوكالة يعتبر ظافرًا بجنس حقه الذي يأبَى المحيلُ تسليمَه إليه تمسكاً بالحوالة التي تتضمن إقرار المحيل له بدينِه .

١٠٩ ـ (الاحتمال الثالث) المحال قبض المال ، ولكنه هلك عنده :

وفي هذه الحالة ـ تفريعاً على الوكالة التي ثبتت ـ إن كان قد تلف بتفريط منه لزمه ضمانُه ، وثبت عليه مثل ما له في ذمة المحيل ، فيتقاصّان ، وإن كان من غير تفريط ، فقد هلك على صاحبه وهو المحيل ، ويرجع هو بدَيْنه عليه ، وعلى كل حال يبرأ المحال عليه ، بالدفع إلى المحال ، لأنه إن كان محالاً ، فذاك حقه ، وإن كان وكيلاً ، فقد دفع إليه بمقتضى عقد الوكالة [١] .

١١٠ ـ تنبيه : عدم تضمين المحال في هذه الحالة الأخيرة عندما يتلف المال بيده دون تفريط ـ ولها نظائر ـ مبنيٌّ على أنه إذا انتفت الحوالة في هذا التنازع المشروع ثبتت الوكالة وقد عبّر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في المهذب بذلك فعلاً : فهو يقول في هذا الشقِّ من القضية « وإن قلنا بقول المُزَني ، وحلف المحال ثبت أنه وكيل » [٢] ، كما عبَّر به البَغَوي في خلافيته الآنفة الذكر (ر : ف/ ١٠٥) .

(١) المهذب ٣٣٩/١ ونهاية المحتاج ٤١٧/٤ ومغني المحتاج ١٩٨/٢ والمغني لابن قدامة ٦٥/٥/ ٦٦ وتذكرة الفقهاء ١١١/٢

(٢) المهذب ٣٣٩/١

ولكن الجُويني يحكي وجهاً آخر بتضمين المحال ، ويعلله بأن الأصل فيما يتلف في يد إنسان من مِلك غيره هو الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ، ليبقى حقه ، تصديقُه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان . كما إذا اختلف المتبايعان في قِدَمِ العيب وحدوثِه وصدقنا البائع بيمينه في منع الرد بذا العيب ، ثم وقع الفسخ ، بتحالفٍ أو غيره ، فإنه لا يُمكَّن من المطالبة بأرش ذلك العيب ، ذهاباً إلى أنه حادث بمقتضى يمينه [٣] .

[ولعل مثل هذا الملحظ هو الذي حدا بالمتأخرين من الشافعية إلى العدول عن عبارتَي الشيرازي والبغَوي إلى مثل قولهم : « وبالحَلِف تندفع الحوالة » [٤] ، ولكنهم لم يعوّلوا على هذا الوجه ، بل ولم يلتفتوا إليه بأكثر من هذه الإشارة ـ إن صح أنها مقصودةٌ ومضوا في التفريع على أساس ثبوت الوكالة] .

المطلب الثالث
مجلس العقد

١١١ ـ شريطة الإيجاب والقبول أن يكونا بمجلس واحد هو مجلس العقد ، وقد يسمى : محل الإيجاب ، وقد عرفنا أن كلاًّ من الابتداء والتعقيب يمكن أن يكون من كل واحد من الأطراف الثلاثة لكل حوالة ، وبذلك تنعقد الحوالة إلا أنها تكون ناجزة أو موقوفة ، نحو ما أسلفناه (ر : ف/٨٩) .

وقد لخصه صاحب النهر من الحنفية ـ على طريقة الإمام ومحمد ـ بقوله : « الشرط قبول المحتال

(٣) تذكرة الفقهاء ١١١/٢ نقلا عن الجويني من الشافعية .

(٤) مغني المحتاج ١٩٧/٢ ونهاية المحتاج ٤١٧/٤

في المجلس ، ورضا المحال عليه ولو غائباً »[١] .

١١٢ – أما عند غير الحنفية :

فالحوالة على غير مدين ، قد عرفنا أنها – على التحقيق عند الجمهور – ضمان أو حَمالة ، فيراعى في صيغتها ما يراعى في صحة صيغة الضمان . (ر : ف/ ٤٠) .

أما الحوالَة على مدين – وهذا هو القَدْر المشترك بين الحنفية وغيرهم فيما يسمونه بالحوالة المقيدة – فإن صيغتها تتم عند من يوجب رضا الأطراف الثلاثة ، كالإباضية وأكثر الإمامية ، بإيجاب من المحيل وقبول من المحال أو المحال عليه في مجلس العقد ، وبرضا الثالث ولو خارج مجلس العقد . وهذا إذا جرينا على أن اختيار صاحب شرح النيل من الإباضية يمثل معتمد مذهبهم ، وإلا فإن جمهورهم على اشتراط حضور الأطراف الثلاثة مجلسَ العقد ، فلايعتد ، ولا تنعقد الحوالة برضا أحدهم خارجه .[٢]

فهؤلاء يوافقون الحنفية على وجوب رضا المحال والمحال عليه ، ويزيدون وجوب رضا المحيل ، والاستدلالات والتعليلات معروفة فلا نطيل بذكرها .

١١٣ – أما عند غير هؤلاء – باستثناء الزيدية ، وبعض الحنابلة – فتنعقد الحوالة بالإيجاب من المحيل ، والقبول من المحال . ولا يكون قَبولاً بمعناه المتبادِر عند الإطلاق ، بلا قرينة صارفة إلا في مجلس العقد وهو مجلس علم المحال بالإيجاب غير المرجوع عنه بكتابة أو غيرها[٣] . ويجبر المحال على القبول عند الحنابلة والظاهرية . أما المحال عليه فلا يشترط رضاه ، لا في العقد ولا خارجَه ، لأنه مدين للمحيل ، فلا شأن له بمن هو مكلَّفٌ بالتَّأْدية إليه أو إلى من يختاره . لكن الإيجاب من المحيل كافٍ وحدَه عند بعض الحنابلة ، فهم يكتفون في مجلس العقد بإيجاب المحيل فقط . وإن الزيدية معهم على هذا إلا أنهم يشترطون أن يقبل المحال ، ولو قبولاً متراخياً عن العلم به ، كما أسلفنا (ر : ف/ ١٤) . فليس رضا المحال عليه بشريطةٍ أصلاً ، ولا رضا المحال في مجلس العقد بشريطةٍ عند هؤلاء .

١١٤ – هل يشترط حضور المحال عليه وإقراره ، أو حضوره وعلمه ؟

والمراد حضوره بنفسه ، أو من ينوب مَنابه[٤] . والعبارة الأُولى عبارة المالكية ، والثانية عبارة الإباضية . والمعنى واضح الاختلاف ، فإن العلم بمقدار دَين الحوالة لا يغني عن الإقرار به عند المالكية . ولكنّ الإباضية يرون فيه بلاغاً ، كما يلوح من ظاهر كلامهم ، وإن كان من المالكية من يعبِّر أيضا بالعبارة الثانية[٥] .

ولم يقل بهذه الشريطة أحد من فقهاء المذاهب الأُخرى[٦] ، بل لم يقل بها جميع المالكية ، وإنما

---

(١) ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٠/٤ .
وعلى وزانه يقال – على طريقة ابي يوسف التي آثرناها – : « الشريطة قبول أحدهما في المجلس ، ورضا الآخر ولو غائباً » وواضح أنه عندما يقال : قبول في مجلس العقد يكون المفروض سبق الإيجاب فيه نفسه .

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠٥/٢ والروضة البهية ٣٦٦/١ وشرح النيل ٦٢٧/٤ و ٦٣٥ .

(٣) الخرشي على خليل ٢٣٢/٤ والمنتقى على الموطأ ٦٩/٥ ومغني المحتاج ٥/٢ .

(٤) شرح النيل ٦٢٦/٤ .

(٥) شرح ابن سودة للتحفة ٣٣/٢ .

(٦) مطالب أولي النهى ٣٢٧/٣ . نص مرشد الحيران في المادة / ٨٨٢ / على عدم اشتراط حضور المحال عليه مع اشتراط رضاه . كما قررت المجلة في المادة / ٦٨٢ / صحة الحوالة المنعقدة بين المحيل والمحال دون حضور المحال عليه ، اذا أخبر بها وقبلها .

قال بها مقدَّمُهم ابنُ القاسم، وطائفة منهم كبيرة فيها جِلَّتهم كابن يونس وابن عرفة وأبي الحسن، حتى لقد استنبط ابن سودة في شرح التحفة من اجتماع كل هؤلاء أن هذا الرأي هو المعتمد، وبناء عليه تفسخ الحوالة على الغائب[١]. وبالرغم من ذلك فالذي جرى عليه خليل والقَرافي وابن سلمون - واشتهر عند المالكية - عدم اشتراط هذه الشريطة وهو في الأصل قول ابن الماجشُون وينسب إلى مالك نفسه[٢]، وعليه عامة الموثِّقين والأندلسيين[٣].

١١٥ - ومن حجة الشارطين: أنه - وإن كان الدين ثابتاً في ذمة المحال عليه، ولا يشترط رضاه - قد يبدي مطعناً في البينة إذا حضر، وقد لا يطعُن في البينة ولكن تثبت براءة ذمته من دين الحوالة ببينة أخرى على إيفائه، أو بإقرار المحيل بقبضه أو الإبراء منه[٤]. وباختصار: قد يكون صار بريء الذمة من دين الحوالة.

١١٦ - ولكن الآخَرين لم يُعوِّلوا على هذه الحجة[٥].

فإن الغَرَر - وهذا غررٌ - لا يتفق مع حقيقة الحوالة، إذ هي بيعٌ معنىً، فالآخَرون فيهم من لا يسلم أنها بيع، بل يعتبرها مجرد إيفاء، ومنهم من يقول: كلا. هي بيع، إذ لو كانت إيفاءً لوجب على المحال قبولها، إلا أنها توسع فيها ما لم يتوسع في البيع، واختصت بأحكام رفيقة لأنها من قبيل المعروف. ويؤيد هذا المعنى المخالفون من المالكية بقولهم: ولذا أجزنا الحوالة مع جهل ذمة المحال عليه[٦].

ثم إن الحديث النبوي الوارد في الحوالة مطلق، لم يقيد بهذه الشريطة فمن أين تجيء[٧]؟ والقياس هو الآخر يتناقض مع اشتراطها لسببين:

١) - لأن الحوالة بمثابة الوكالة.

٢) - لأنه يصح بيع الدين الذي في ذمة غير حاضرٍ ولا مُقِرٍّ، فكيف بالحوالة وبابُها أوسع كثيراً؟

أفلا يرى كيف جاء في كتب المالكية ما خلاصته: لو اشترى رجل دين صاحبه الذي على فلان، على أنه إن أنكر فلان هذا الدين رجع المشتري على صاحبه بالثمن كان ذلك ممنوعا. ولكن لو قال المشتري لصاحبه: أعلم أنه مدين لك بهذا الدين ومقر به، فالبيع بينهما ماضٍ صحيح بلا نزاع[٨]، وهذا القياس الأولويُّ إلزام مذهبي تقوم به الحجة فقط على من يسلمون بصحة بيع الدين من غير من هو عليه.

ومن ثَمَّ يقرِّر ابن حزم: أن ثبوت الحق المحال به يكون بإقرار أو بينة عدل، ثم يكر بالنقض على شريطة الإقرار عند ابن القاسم ومتابعيه قائلاً: وما احتجوا به من أن البينة قد تُجرح فيبطل الحق هو حجة معارَضةٌ بمثلها، فإن الإقرار أيضاً قد يرجع عنه المقر، ويقيم بينة أنه كان قد أدى الحق (أي

(١) حواشي التحفة للعراقي ٢/٣٣ - ٣٤.

(٢) هذا صحيح استنباطاً من نصوصه. فقد قال فيمن أحيل عليه بأكثر من الدين الذي عليه: «تكون حوالة في مقداره، حمالة في الباقي» فإنه صريح في أنه لا يشترط إقراره، وإذا كان لا يشترط إقراره ولا الكشف عن ذمته فلا معنى لاشتراط حضوره.

(٣) الخرشي على خليل ٤/٢٣٥.

(٤) الخرشي على خليل ٤/٢٣٥.

(٥) كأنه لأنه لا تنافي بينه وبين صحة الحوالة: فلتصح الآن - ظاهراً على الأقل - وليكن للغائب، بعد أن يحضر، الحق في التقدم الى القضاء بما شاء من دفوع، فإن ثبت صدقه فلا حوالة، وإلا فهي ماضية على أصل الصحة.

(٦) الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٥/٣٩٢.

(٧) الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٥/٣٩٥.

(٨) الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٥/٣٩٧.

ونسي حين أقر) فيبطل الحق[١] . فلا تخصيص بالآراء الفاسدة ، قال تعالى : « وما ينطق عن الهوى » ، وقال : « وما كان ربُّك نسيّاً» [٢] .

المطلب الرابع
الشروط التي يشترطها الاطراف

١١٧ - سبق أن أشرنا (ر: ف/ ٥٩) إلى أن الحنفية يشترطون في صيغة الحوالة عدم وجود شرط غير جائز ، من مبطلٍ كالتعليق والتأقيت ، أو مفسد كالتأجيل إلى أجل مجهول جهالةً فاحشة .

ففي جامع الفصولين : « إنّ تعليق التمليكات والتقييدات لا يجوز[٣] ، فالتمليك كبيع وهبة وإجارة ، وأما التقييد فكعزل الوكيل وحَجْر المأذون » . وهذا النص ينطبق على الحوالة ، لما فيها من معنى المعاوضة والتقييد أيضاً ، إذْ كلٌّ من المحال والمحال عليه يلتزم بها التزامات جديدة .

إلا أنهم يذكرون في الكفالة جواز تعليقها بالشرط الملائم لمقتضى العقد : وهو الشرط الذي يكون سبباً لوجوب الحق ، أو لصعوبة استيفائه ، أو لسهولة أدائه ، ويسمونه بالشرط المتعارَف[٤] ، بمعنى أن يصح العقد والشرط كلاهما . بخلاف الشرط غير الملائم (غير المتعارف) وهو الخارج عن هذا النمط ، فإن تعليق الكفالة به باطل اتفاقاً ، ثم إذا بطل التعليق قيل : تبطل الكفالة أيضاً . وقيل : بل تنعقد كفالة منجزة ، ورجحوا الأول ، وهما قولان منسوبان إلى أبي حنيفة وأبي يوسف[٥] . [فقد يقال مثل ذلك هنا ، لأن الكفالة والحوالة صنوان [٦] ، وإذنْ لو قال قائل لمشتري السلعة : إن ظهرتْ مستحَقّةً فثمنها في ذمّي حوالة ، أو إن لم يوفِّك فلان دَينك عليه خلالَ ستة أشهر فهو عليَّ حوالة ، أو إن قدم وكيلي فدَينك الذي على فلان هو عليّ حوالة ، صح العقد والشرط في الصور الثلاث ، لأنه تعليق على شرط ملائم ، إذ التعليق في الأُولى على سبب وجود الحق ، وفي الثانية على سبب صعوبة استيفائه ، وفي الثالثة على سبب سهولة أدائه ، وهذا بخلاف ما لو قال مثلاً : إذا خسرت في تجارتي وإذا نزل المطر اليومَ فعليَّ دَينُك على فلان حوالة ، فإن المعلَّق عليه خارجٌ تماماً عن حدود الملاءمة والعرف ، ولذا يترجح بطلان الحوالة به] .

١١٨ - أما التأقيت ، والتأجيل إلى الأجل المجهول جهالة فاحشةً : فلأن التأقيت ينافي طبيعة الحوالة : أعني نقل الدين - فلو قَبِل الحوالة قابل لمدة سنة واحدة مثلاً ، فلا حوالةَ أصلاً ، ولأن التأجيل بالأجل المجهول جهالةً فاحشةً يُفضي إلى النزاع المُشكِل ، مثال ذلك : أن يقول الملتزم : قبلت حوالة الدَين الذي لك على فلان ، على أن أؤدِّيه إليك عند هطول المطر أو عند هبوب الريح . وهذا شرط لا منفعة فيه لأحد فيلغو ، وتكون الحوالة حالّة[٧] .

---

(١) قبول مثل هذه البينة التي تنقض الإقرار بعد صدوره بزعم النسيان ليس متفقاً عليه . فمن الفقهاء ، كالحنفية ، من لا يقبلها ، ولا يرى للمقر سبيلاً سوى تحليف خصمه اليمين . (خبير الموسوعة)

(٢) المحلى ١١٠/٨ والآية الأولى هي الثالثة من سورة النجم ، أما الأخرى فهي الآية/ ٦٤ من سورة مريم .

(٣) جامع الفصولين ٢/٢

(٤) البحر ٢٤١/٦ ، وسيأتي قريباً أمثلة هذه الأنواع من الشروط .

(٥) البحر ٢٣٩/٦-٢٤٠ وابن عابدين على الدر ٢٦٧/٤ وفتح القدير ٤٠٥/٥

(٦) قال في المبسوط : « والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث إن كُلّاً منهما إقراض للذمة ، والتزام على قصد التوثّق » (المبسوط ٤٦/٢٠) .

(٧) بخلاف التأجيل بالأجل المعلوم كغاية شهر كذا ، أو المجهول جهالةً محتملةً كموسم حصاد القمح هذا العامَ ، فإنه تأجيل بأجل متعارَف ، ولا غَرَرَ فيه أصلا ، أولا غرَر يُذكر .

وهذا يتفق مع الرأي المرجوح في حالة تعلق الحوالة بالشرطِ غيرِ المتعارف، من صحة العقد وبطلان الشرط. ولكنه يتجافى ظاهرياً مع مارجحوه في ذلك من بطلان العقد والشرطِ كِلَيْهِما فما عساه يكون الفرق[1] ؟

فرّق فقهاؤنا بينهما في باب الكفالة. ونحن نستعير فرقَهم هذا هنا. ونص عبارتهم «وإنما صحت مع الأَجل الغير المتعارف، ولم تصح مع التعليق بغير المتعارف، لأَن التعليق يُخرج العِلّة عن العِلّية، كما عُرف في الأُصول، والأَجَل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفائه انتفاءُ مَعْروضِه»[2].

١١٩ – فروع تتصل بهذا الفرق: وهنا تتفرع مسائل:

المسأَلة الأُولى) – قَبِل رجل حوالةَ دَينٍ من مَدين على أَن يَجعل له المدين جُعْلاً، فماذا يكون الحكم؟

نقلوا عن خواهر زاده في الكفالة يُستفاد منه الحكمُ في الحوالة قياساً عليها. ومحصَّل كلامه (بتصوير المسأَلة في الحوالة بدلاً من الكفالة) أَن هذا على وَجْهَيْنِ:

إما أَن يكون الجُعْل مشروطاً في الحوالة أَو لا يكون:

فإن لم يكن مشروطاً في الحوالة فالجُعْل باطل والحوالة جائزة: فأَمَّا أَن الجُعْل باطل، فلأَن المحال عليه مُقْرِض بالنسبة للمحيل، وإذا شَرط له الجُعْل مع ضمان المِثل فقد شَرط له الزيادة على ما أَقرضه، وذلك باطل، لأَنه رِباً. وأَمّا أَن الحوالة جائزة، فلأَنها مطلقة غير معلقة بالجعل.

وأما إذا كان الجُعْل مشروطاً في الحوالة فإن الجعل باطل والحوالة باطلة: فأَمّا أَن الجعل باطل فلما بيناه. وأما الحوالةُ نفسُها فقد كان يجب أَن تصح لأَن الحوالة لا تُبطلها الشروط الفاسدة[3].

أَلا ترى أَنه لو قَبِل الحوالة إلى أَن تهبَّ الريح أَو تُمطر السماء كان الشرط باطلاً والحوالة صحيحة. وإنما بطلت هنا – لا لأَنه قد شُرط فيها شرطٌ فاسد – بل لأَنها رُبطت بشرط للمحال عليه فيه منفعة وهو الجُعْل، فلا بد من مراعاة الشرط لتثبت الحوالة، فلما بطل الشرط بطلت، فمن هذا الطريق بطلانُها لا من حيث إنه شَرْط. بخلاف شرط هبوب الريح ونزول المطر لأَنه شرط لا ينتفع به المحال عليه فلا تجب مراعاته[4]

(١) يميز فقهاء الحنفية بين التأجيل والتعليق: فالتأجيل الى أجل مجهول يفسد به بعض العقود كالبيع وسائر المعاوضات المالية، ويصح بعضها حالاً ويلغو الأجل كالكفالة إذا كفل على أن يؤدى عند هبوب الريح أو نزول المطر. أما التعليق على أجل مجهول فإنه يبطل به العقد بطلاناً كما لو قال: إذا نزل المطر فقد كفلت لك مدينك فلاناً (رد المحتار مع الدر ٤/٢٦٦–٢٦٧) فيجب الانتباه الى الفرق الكبير بين التعليق والتأجيل. وصرحوا في الحوالة بأن تأجيل عقدها لا يصح ولكن تأجيل الدين فيها يصح، فلو قال لآخر: ضمنت بما لك على فلان على أن أحيلك به على فلان الى شهر انصرف التأجيل الى الدين لأن تأجيل عقدها لا يصح (الدر المختار مع رد المحتار ٤/٢٩٥). (خبير الموسوعة)

(٢) البحر ٦/٢٤١

(٣) هكذا ورد التعبير في حواشي ابن عابدين على البحر. وإن المعروف في مذهب الحنفية الذين انفردوا بتأسيس نظرية الفساد أن الشروط الفاسدة لا تبطل العقد إبطالاً، وإنما تفسده إفسادا. والعقد الفاسد منعقد كما هو معلوم من مذهبهم، فكان التعبير السليم أن يقال: لاتفسدها الشروط الفاسدة، لكن فقهاء الحنفية أنفسهم كثيراً مايعبرون بذلك التعبير تساهلاً في إطلاق البطلان على الفساد وبالعكس فينبغي التنبّه لذلك (خبير الموسوعة)

(٤) حواشى ابن عابدين على البحر ٦/٢٤٢.
لكن مبناه أن الكفالة – ومثلها الحوالة – لا تفسد بالشروط الفاسدة وهو خلاف ما قرره المحقق ابن الهمام (فتح القدير على الهداية ٥/٤٠٦) وعليه فلا داعي للاطالة في تعليل بطلان العقد والشرط إذا كان في صلبه.
أما شرطا – هبوب الريح ونزول المطر فمن قبيل تأجيل المطالبة بالدين كما علمناه. وأما تأجيل العقد نفسه الى نزول المطر أو هبوب الريح فهو في معنى تعليقه، وقد فصلنا القول فيه (ر: ف/ ١١٨).

المسألة الثانية) ـ قال قائل لآخر : ضمنت مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر ، فماذا يكون الحكم ؟

قالوا يصح كلامه ما أمكن فيصرف التأجيل إلى الدَين ، على معنى امتناع مطالبة المحال عليه قبل مضي شهر ، ولا يحمل على معنى توقيت عقد الحوالة نفسه بشهر ثم ينقضي ، لمنافاة ذلك لطبيعة عقد الحوالة ، ثم إن قبل الدائن المحال فذاك ، وإلا فلا حوالة ولا كفالة ، لأن الشيء ينتفي بانتفاء شرطه ، لكن إذا لم يقبل المحال عليه فإن انتفاء الحوالة لا ينفي الكفالة ، إذ المعلق عليه هو قَبول الطرف الآخر في عقد الضمان ، وهو المحال لا المحال عليه . فإذا صحت الكفالة ومات المحال عليه قبل انقضاء الأجل (سواء بلغته الحوالة فرفضها أو مات قبل أن تبلغه) لم يكن للطالب أن يطالب الكفيل خلاله ، لأنه رضي بهذا الأجل وعلى أساسه تعاقدا[1] . والذي يَعنينا من هذه المسألة هو ما يتعلق منها بالحوالة لتصوير أثر التأجيل والتوقيت عليها .

المسألة الثالثة) ـ ومثل التأقيت في الفساد ـ المفسِد للحوالة ـ شرطُ البائع على المشتري أن يحيل عليه دائنه ، لأن ذلك ليس من مقتضى العقد ، ويتقي به البائع مطالبة دائنه ـ وهي فائدة لم تقابل بشيء من العوض فستكون كالربا .

المسألة الرابعة) ـ ما لو شرط البائع أن يحتال هو بالثمن ، فلا بأس به ، لأن هذا الشرط من مصلحة العقد ، إذ هو يؤكده ، ويوثّق الحق باعتبار أن الحوالة قائمة مقام القبض ، أو هي وثيقة بالدين .[2]

(١) ابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٢٩٥

(٢) ابن عابدين على الدر ٢٩٤/٤ ـ ٢٩٥ ومجمع الأنهر ٥٦/٢ =

١٢٠ ـ إن الشروط الفاسدة ، وتأثيرها في العقد ، أيّاً كان هذا العقد ، هي من مباحث العقود العامة المقررة في مذاهب الفقه بلا استثناء ، ومعلوم أن التأقيت يبطل عقود المعاوضات كلها ، ومنها الحوالة ، وأن التعليق إذا لم يكن بمقتضى العقد ، لا يدخل العقود أصلا ، كما قرره الشافعية واعتمده الحنابلة ، وهو مبطل لها إن دخلها[3] . وليس من التعليق بمقتضى العقد التعليقُ بسبب وجوب الحق ، أو صعوبة استيفائه ، أو سهولة أدائه ، كما هو واضح من الأمثلة التي ذكرها الحنفية ، ولكنها تتمشى مع الرواية الأخرى عند الحنابلة ، من اطلاق القول بصحة العقد وتعليقه كليهما ، وهي التي اعتمدها ابن تيمية ـ وإن كانت عندهم رواية ثالثة : بصحة العقد وبطلان التعليق[4] .

وينص الإمامية على أن الحوالة لا تقبل التعليق بشرط متوقع ، أو صفة مرتقبة ـ فضلاً عن غيرهما ـ[5] وأن المحال لو قال : قبلتُ ، بشرط أنه إذا لم يدفع المحال عليه رجعتُ عليك ، فالحوالة باطلة[6] .

= ولعل هذا المعنى الأخير هو ملحظهم حين نصوا على أن الحوالة إذا عُقدت على أن يكون للمحال الخيار في الرجوع على من شاء من المحال عليه والمحيل صح العقد والشرط كلاهما (البحر ٢٧٢/٦) مع أنه قد يلوح أن اشتراط الرجوع على المحيل ليس من مقتضى عقد الحوالة ، ثم فيه نفع للمحال ، وليس مما يؤكد العقد بل هو يضعفه ، لأنها حينئذ لا تكون حوالة بحتة ، أو لعلهم أرادوا صحة العقد على أن يكون ضماناً لا حوالة ويؤيده أنهم يقولون: إن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. (البحر الرائق ٢٣٩/٦)

(٣) مغني المحتاج على المنهاج ٦/٢ والأشباه للسيوطي ٢٣١ و ٢٣٧ والفروع ٤٨٤/٢ ومطالب أولي النهى ٧٧/٣ .

(٤) الفروع ٤٨٤/٢

(٥) الروضة البهية ٣٦٩/١

(٦) فقه الإمام جعفر ٦٥/٤

١٢١ - والأحكام التي قررها الحنفية، في المسائل الأربع :

١ - ما إذا قَبِل المحال عليه الحوالة على أن يجعل له المحيل جُعْلاً .

٢ - ما إذا قال قائل : ضمنت مالك على فلان، على أن أحيلك به على فلان إلى شهر .

٣ - ما إذا شرط البائع في عقد البيع أن يحيل دائنه على المشتري .

٤ - ما إذا شرط البائع أن يحتال بالثمن .

مع التعويل على تقريرات الكمال بن الهمام بالنسبة للأولى .

[هذه الأحكام لم نجدها منصوصة لغير الحنفية ولكنها قد تتفق مع المقرّر في القواعد الفقهية العامة عند الشافعية والحنابلة]

١٢٢ - فالحنابلة يقررون :

١) - أن الشرط المنافيَ لمقتضى العقد في المعاوضات باطل في نفسه، ثم قد يَسري البطلان إلى العقدِ نفسِه في بعض الأحوال، وقد يقتصر البطلان على الشرط ويصح العقد دونه وذلك بحسب درجة المنافاة لمقتضى العقد (ر : المغني مع الشرح الكبير ٤/٢٨٦، ومطالب أولي النُهى ٣/٧٤) وهذا ينطبق على المسألة الأولى) اشتراط المحال عليه لنفسه جُعْلاً (فهي تحتمل تخريجين : بطلان العقد، أو بطلان الشرط فقط).

وأما المسألة الثالثة (باشتراط الحوالة في ضمن بيع) فينطبق عليها قاعدة بيعتين في بيعة وهي شرط مفسد للبيع عندهم للحديث النبوي الوارد في النهي عنه (ر : مطالب أولي النهى ٣/٧١-٧٣) .

والشافعية أيضاً يقسمون الشرط المصاحب للعقد من حيث الصِحة والبطلان إلى أربعة أنواع، ويعتبرون الشرطَ المنافيَ لمقتضى العقد باطلاً ومبطلاً للعقد (ر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص/ ٣٣٠) .

أما المسألة الثانية فلا تقبل النزاع في بطلانها، لأن الحوالة عقد لا يقبل التأقيت، وهو أيضاً كالقرض عقد إرفاق، لا يبنى على طلب الفضل، حقيقة أو حكما. وهذه علّةٌ أخرى للبطلان في المسألتين السابقتين .

٢) - وأن الشرط الذي لاينافي مُقتضى العقد، ولا العقدُ يقتضيه، إن كان من مصالح العقد صح هو والعقد كلاهما، كما في المسألة الرابعة[1]. لكن أحمد يعتبر الشرط السابق للعقد عن قُرْب[2] كالواقِعِ في صلْبه، فيُلحظْ ذلك في المسألة الأولى.

وهذه النتيجة تَتفق مع أصول الإمامية أيضاً، رغم أن موقفهم من الشروط كافة سمحٌ ميسّر[3].

وأما المالكية فأكثر تساهلاً، ومقتضى قواعدهم الحكم بالصحة في المسألة الثالثة أيضاً، لأن مالكاً لا يأْبه بالغرر القليل، أو النفع اليسير . هذا إذا جرينا على ما قرره أبو اسحاق التونسي المالكي من الاكتفاء بأن يكون الدين في الحوالة مقارِناً لثبوتها ولا يشترط أن يكون سابقاً عليها .

وإلا فالمسائل الثلاث الأخيرة باطلة أيضا عندهم إن صورت بعدم سبق هذه المديونية (ر : ف/ ١٦٥)[4].

وبطلان المسائل الأربع هو مذهب الظاهرية، بناء على اعتسافهم في تفسير قوله صلوات الله عليه : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » . كما هو مشهور معروف[5] .

---

(١) الأشباه للسيوطي ٣٣٠ والفروع ٢/٤٨٥ ومطالب أولي النهى ٣/٦٦ و ٦٧ و ٧١ / ٧٤ والمغني مع الشرح الكبير ٤/٢٨٦ .

(٢) أي قبل مضي زمنٍ طويل على الشرط حتى يكون الظاهر أن العقد الذى أعقبه مبني عليه .

(٣) الروضة البهية ١/٣٣١

(٤) بداية المجتهد ٢/١٦٠

(٥) المحلى ٨/٤١٢

المبحث الثاني

أطراف الحوالة

نتناول بالبحث أطراف الحوالة الثلاثة في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
المحيل وشرائطه

١٢٣ - يشترط في المحيل عدة شرائط لصحة العقد، وشريطة واحدة لنفاذه، وسنعرض هنا شرائط الصحة، أما شريطة النفاذ فتأتي في الفرع الثاني الخاص بشرائط النفاذ (ر: ف/١٨١).

فشرائط صحة الحوالة في المحيل ثلاثة أنواع من متفق عليه ومختلف فيه:

أولاً) - شرائط تتعلق بأهلية المحيل

١٢٤ - هذه الشرائط ثلاث: العقل، ونفاذ التصرفات المالية، والحرية.

ولا يشترط أن يكون صحيحاً غيرَ مريض، فالحوالة في مرض الموت صحيحة نافذة، دون توقف على إجازة الورثة. والسر في ذلك أنها من جانب المحيل ليست بتبرع.

وفيما يلي تفصيل الكلام على هذه الشرائط الثلاث:

١٢٥ - (أ) العقل: يشترط في المحيل أن يكون عاقلاً، فلا تنعقد حوالة المجنون والصبي اللذين لا تمييز لديهما. إذ العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.

ولا يمكن أن ينازع أحد في شريطة العقل.

١٢٦ - (ب) نفاذ التصرفات المالية: صرح باشتراط ذلك الإمامية، وفرّعوا عليه أنّ حوالة المحجور عليه بسَفَه أو فَلَس لا تصح عندهم، لأنها تصرفٌ ماليٌّ من غير أهله[١].

وبهذه المناسبة ننبه على أن من أهل العلم من يصحح الحوالة من المحجور عليه بفلس بشريطتين: إذن القاضي، وعدم ظهور دائن آخر. وعليه بعض الشافعية. ولكنهم ضعفوه، لأن الحجر لحق الغرماء بعامّة، وقد يكون ثَمَّ دائنٌ آخر في الواقع ونفس الأمر[٢]، والرأيان يَرِدَان في حوالة السفيه بإذن وليه، إلا أن القول بالجواز هنا في حالة الحجر للسفه أقوى، حتى لقد قطع به إمام الحرمين[٣] ومال إليه الحلّي من الإمامية في تذكرته[٤].

وكثير من أهل العلم يرى الإجازة اللاحقة كالإذن السابق. ومن هؤلاء الحنفية والمالكية[٥]. (ر: ف/١٧٧) ومعلوم أن الحجر على المفلس والسفيه عند الحنفية هو قول الصاحبين، دون الإمام[٦].

فإذا كان الدين على اثنين فأحالا به، وأحدُهما نافذُ التصرف والآخر بخلافه، (أو كانا هما المحال عليهما معاً وأحدُهما غيرُ نافذ التصرف) فما الحكم؟ لا شك أنه يجري فيه الخلاف المعروف في نتيجة تفريق الصفقة، هل يقتصر البطلان على الجزء الفائت بتفريقها، أو يسري إلى الكل؟ فعند

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠٥/٢.
وهذا إن اختلف في تفريعه لم يختلف في تأصيله. إلا أنهم هنا إنما يتكلمون في الشرائط الخاصة بالحوالة، أو التي قد يتوهم عدم اشتراطها. أما الشرائط العامة للعقود المالية فقد فرغوا منها في المباحث العامة للعقد. ولذا فمن نافلة القول تعرض الإمامية هنا لهذه الشريطة، وتعرض الحنفية لشريطتي العقل والبلوغ.
(٢) مغني المحتاج على المنهاج ١٤٨/٢.
(٣) مغني المحتاج ١٧٢/٢.
(٤) تذكرة الفقهاء ٧٨/٢.
(٥) مجمع الأنهر ٤٢٣/٢ والخرشي على خليل ٢٠٤/٤.
(٦) مجمع الأنهر ٤٢٢/٢ و ٤٢٦.

الحنفية تفصيل بين الحالات في هذا السريان وعدمه يعرف في محله من أحكام البيوع . وينص الإباضية على ترجيح سريان البطلان إلى الكل[١] .

١٢٧ ـ (ج) الحرية : وهي ليست بشريطة عند الحنفية ، فالحوالة من الرقيق صحيحة نافذة ، لأنها من قِبَل المحيل ليست بتبرع . ثم إن احتيج للرجوع عليه فالرجوع في الحال إن كان مأذونا في التجارة ، وبعد عتقه إن لم يكن[٢] .

ـ أما عند غير الحنفية : فالرقيق تصرفاته المالية كلها لاغيةٌ إن لم تكن بإذن سيده ، على الأصح عند الشافعية ـ وهو ما جزم به المالكية والحنابلة والإمامية والإباضية ـ وإن عكس الماوردي منهم التصحيح ناظرًا إلى أنّ له ذِمّةً صالحة ، ولاحجر لسيده عليها[٣] .

فعلى هذا الأخير ، لو اقترض الرقيق أو اشترى شيئاً بغير إذن سيده فلزمه ثمنه أو بدله كان له أن يحيل بما لزمه حوالة مقيدة بدينه على المدين به ، كأن يكون ملّكه سيدُه أو غير سيده هذا الدين ـ إن صححنا ذلك ـ وهو قول قديم للشافعي وبعض الإمامية[٤] .

لكن حتى بناء على هذا لا تصح الحوالة إلا بإذن سيده ، لأنه مِلكٌ ضعيف يملك السيد انتزاعه ، ولذا لا تجب زكاته كما قرره الشافعية[٥] .

(١) شرح النيل ٦٣٧/٤ .

(٢) البدائع ١٦/٦ والبحر على الكنز ٢٦٨/٦ .

(٣) مغني المحتاج على المنهاج ٩٩/٢ والخرشي على خليل ٢١١/٤ والفروع ٦٧٥/٢ والروضة البهية ٣٦١/١ وجوهر النظام ٣٥٥.

(٤) الروضة البهية ٣٦١/١ .

(٥) مغني المحتاج على المنهاج ١٠٢/٢ .

ثانيـاً) ـ مديونية المحيل للمحال

١٢٨ ـ اشترط الحنفية أن يكون المحيل مديناً للمحال . وإلا كانت الحوالة على مدين وكالةً بالقبض أو هبةَ دينٍ أو بيعَ دينٍ من غير من هو عليه ، وهذه الهبة وهذا البيع باطلان في الاجتهاد الحنفي[٦] .

وقد صرح المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية بهذه الشريطة ، أي بأن يكون المحيل مديناً للمحال ولو بدينِ حوالة سابقة ، أو دينِ كفالة ، أو بدينٍ مركّبٍ من هذا كلِّه أو بعضِه[٧] . وعلّلوه بأنْ ليس من المتصور حوالةُ دَين لا وجود له[٨] . ويثبت الدين بطرق الإثبات المقررة فقهاً وينص المالكية على الاكتفاء بإقرار المحال بثبوته ، (ولا يخفى وجهه) .

وكذلك صرح الزيدية والإمامية بهذه الشريطة . إلا أن الظاهرية استثنوا منها ما لو تمت الحوالة بطريق تضامنِ مدينَيْنِ في دَينَيْهما : فإنه إذا تم ذلك من غير شرط[٩] صح ولزم ، وتكون نتيجته ـ على أصلهم ـ مِنْ أنَّ الدَين الواحد لا يقوم بذمتين يكون في كل منهما كَمَلاً ـ أنْ يصير على كِلا المدينين ما كان على صاحبه . وهذه عندئذ حوالة.[١٠]

(٦) ابن عابدين على الدر المختار ٤٨١/٤ .

(٧) مغني المحتاج ١٩٨/٢ والبحر الزخار ٦٩/٥ والمغني لابن قدامة ٦١/٥ و ٦٩ .

(٨) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ ونهاية المحتاج على المنهاج ٤١٧/٤ والمغني لابن قدامة ٥٦/٥ .

(٩) هكذا في المحلى ولم يبين ابن حزم صورة محترز هذا القيد ، (أي ما إذا تم هذا التضامن بشرط) فكيف يتم من غير شرط مع أنه اتفاق تراضَى فيه المدينان على ذلك قصداً ؟ فما المراد بحالة الشرط الممنوعة ؟ ولعل مراده أن لايتم هذا الاتفاق بين المدينين في صورة شرط شرطه أحدهما على الآخر في صفقة بيع ، فينطبق عليه عندئذ النهي الوارد عن بيع وشرط إذا فسر في طريقة الظاهرية على إطلاقه ، فليتأمل (خبير الموسوعة).

(١٠) المحلى ١١٠/٨ والبحر الزخار ٦٧/٥ وتذكرة الفقهاء ١٠٦/٢ ، ١١١ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٦٦/١ .

ولا يخفى أنَّ هذا ليس من الحوالة المصطلح عليها فقهاً في شيء ، وإنما هو من قبيل الضمان . ولم يحترز عنه الجماهير لأن الضمان عندهم لا ينقل الدين ـ على ما تقدم فيه ـ وإنما يُشْرِك في المطالبة به .

وحذا حذوَ الجميع في ذكر هذه الشريطة الإباضيةُ أيضاً . إلا أنهم يجعلون هنا ـ كما في شريطة رضا المحيل ـ ذِمَّتَي الأَبِ وطفلهِ ذِمّةً واحدة حكماً . ولذا يقولون : إنْ أحال غريمه في ظنه فخرج غريم طفله ، أو عكسه ، جاز ، لا إن خرج غريمُ من استُخْلف عليه (يعنون القاصر الذي تحت وصايته) .[١] ثم يتمِّمون فيقولون : إن الأُم كالأَب ، وكذا الجدُّ ـ عند عدم الأَب ـ في أحد قولين . واللقيط كالطفل ، وكذا الولدُ المراهق ، والبالغ القاصر بنحو جنون أو بلاهة ، أو بكونه لا يَفهم ولا يُفهم بأَية وسيلة ، أو ببلوغه غيرَ رشيد[٢] . بل عندهم من يُطلق القول بأَنَّ مال الولد لوالده ، فهذا يجيز حوالة الوالد واحتياله بمال ولده ، بالغاً رشيدًا[٣] .

ثالثاً) ـ هل يشترط ألاَّ يقصد المحيلُ بالحوالة المماطلةَ ؟

١٢٩ ـ وهذه شريطة ذكرها الظاهرية ، ولا تعرف لغيرهم . وبنوا عليها أن الحوالة بهذا القصد تكون فاسدة[٤] .

(١) النيل للثميني ٢/٥٣٥ / ٥٣٦ ومدارج الكمال ١١٤ .

(٢) شرح النيل ٤/٦٢٨ .

(٣) شرح النيل ٤/٦٢٨ .

(٤) المحلى ٨/١١٠ وهو مبني على أن النهي يقتضي الفساد بإطلاق . وهو خلاف المصحح في أصول الفقه : من أنه لا يفسد إذا كان لمعنى خارجي غير لازم ، كما هنا .

أقــول :

لم يصرح ابن حزم بهذه الشريطة وإنما صرح باشتراط أن يكون المحال عليه مليئاً وبأن الحوالة على غير مليء لاتصح لظاهر الحديث = النبويّ: «من أُحيل على مليء فليتبع» فغير المليء لاتصح الحوالة عليه ولايجبر المحال على قبولها .

ولا يخفى الفرق بين ملاءة المحال عليه وقصد المحيل بالحوالة المماطلة ، فليتأمل .

لكن ابن حزم حكى رأي من لايقولون ـ كقوله ـ بإجبار الدائن على قبول الحوالة ، وحجتهم أنه لو أجبر الدائن على قبولها لكان مجبراً أيضا على قبول الحوالة ثانية من المحال عليه على غيره ، ثم من ذلك الغير على غيره وهكذا أبداً فلا يستطيع استيفاء دينه . ثم رد ابن حزم عليهم بما يفيد أن هذا التتابع في الحوادث حينئذ يكون غير مشروع ، فقال : «لأنه مطل من غني ، أو حوالة على غير مليء . ومطل الغني ظلم ، والحوالة على غير مليء لم يؤمر الدائن بأن يقبلها ، وانما الحوالة على من يعجل الانصاف بفعله لابقوله ، وإلا فليست حوالة بنص الحديث» اهـ فلعل عبارته الأخيرة هذه تدل على اشتراط عدم قصد المماطلة الذي اعتبره الاستاذ كاتب الموضوع اشتراطاً صريحاً . **(خبير الموسوعة)**

المطلب الثاني
المحال وشرائطه

١٣٠ ـ يشترط في المحال لانعقاد الحوالة[٥] أن يكون عاقلاً ، لأن قَبوله الحوالة شريطة أو ركنٌ فيها ، وغير العاقل ليس من أهل القَبول . فلا يصح احتيال مجنون ولا صبي غير مميز .

ويوافق الحنفية في ذلك المالكية والشافعية والإمامية والزيدية والإباضية[٦] .

ويخالف في ذلك الحنابلة والظاهرية[٧] لأنهم لا يشترطون رضا المحال ـ إلا على احتمال ضعيف للحنابلة ـ بل المحال عندهم يجبر على القبول ، بشرائط أسلفناها (ر : ف/ ٣٩) ، أو ـ كما عليه بعض الحنابلة ـ يستغنى بتاتاً عن قبوله ، فإن قبل فذاك ، وإن لم يقبل فلا بأس ، والحوالة نافذةٌ برغمه[٨] . ويمكن أن يُحمل عليه مذهب الظاهرية

(٥) أما الشرائط المتعلقة بالمحال لنفاذ الحوالة فستأتي (ف/ ١٨١)

(٦) الخرشي على خليل ٤/٢٣٢ ، ٢٣٣ والمهذب ١/٣٣٧ / ٣٣٨ والروضة البهية ٣٦٦ / ٣٦٧ والبحر الزخار ٥/٦٧ ومدارج الكمال ١١٤ ، وقد أخذ بهذه الشريطة مرشد الحيران في المادة/ ٨٨٠ والمجلة في المادة /٦٨٤ .

(٧) الفروع ٢/٦٢٦ والمحلى ٨/١٠٨ .

(٨) الانصاف ٥/٢٢٨ وقواعد ابن رجب ٣٢ .

أيضاً إذا فسرنا إجبار المحال على القَبول باجباره على التنفيذ ، أعني منعه من مطالبة المحيل .

المطلب الثالث
المحال عليه وشرائطه

١٣١ - يشترط في المحال عليه عند الحنفية أن يكون متمتعاً بأهلية الأداء الكاملة ، وذلك بأن تتوافر فيه الصفتان التاليتان :

أولاً) - الأهلية :

١ - أن يكون عاقلاً ، لما قدمناه في المحال فلا تصح الحوالة على مجنون أو صبي لا تمييز له .

٢ - أن يكون بالغاً ، فلا يصح من الصبي قبولها بحال ، قياسا على الكفالة ، وما دام ليس في ذمته ولا عنده للمحيل ما يفي بالدين المحال به ، لأن قبول هذه الحوالة حينئذ تبرع ابتداء ، إن كانت الحوالة بأمر المحيل ، وتبرعٌ ابتداء وانتهاء إن لم تكن بأمره ، إذْ لا يملك حق الرجوع عليه في هذه الحالة الأخيرة ، سواء بعد ذلك أكان الصبي مأذونا في التجارة أم غير مأذون ، بل وسواء قَبوله بنفسه وقَبول وليه له ، لأنّه من التصرفات الضارة ، فلا يملكه الولي[1] .

(١) والتقييد « بكونه ليس في ذمته ولاعنده للمحيل ما يكفي » ليس في كلامهم ، ولكنه يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، ثم وجدناه هكذا في حواشي ابن عابدين على البحر استظهاراً منه (٦/ ٢٦٨) فإذا اختل هذا القيد - بأن كان في ذمته أو عنده للمحيل مايكفي سداد دينه - فينبغي ألا يشترط بلوغه لأصل انعقاد الحوالة ، بل لنفاذها ، فتنعقدموقوفة على إجازة وليه إن كان دون البلوغ .

أقول :

وعندئذ ينبغي أن تكون شريطة البلوغ هذه شريطة نفاذ مطلوبة في المحال عليه بالنسبة الى الحوالة المقيدة بالدين الذي عليه ، لأن فيها معنى المعاوضة انتهاء حيث يُقضى فيها دين بدين بطريق التقاصّ ، فتحتاج إلى إذن الولي أو إجازته .

أما إذا كانت الحوالة مطلقة فإن بلوغ المحال عليه عندئذ =

١٣٢ - قدمنا في الفقرتين / ٦٩ و ٧٠ / أن المحال عليه أجنبي على الأصح - عن عقد الحوالة عند أكثر منكري الحوالة المطلقة . وإذن فليس يشترط فيه شيء من هذه الشرائط التي يذكرها الحنفية سوى مراعاة مصلحة القاصِر ، لأنه عندهم ليس إلا محل استيفاء الحق كالدار يكون فيها المتاع ، أو الكيس تكون فيه النقود[2] .

وبيَّنا هناك أيضاً أن الشروط التي تشترط عليه في عقد الحوالة عبث فارغ لا قيمةَ له ولا اعتبارَ بل قد يضر فيعود على العقد نفسه بالفساد . أما على مقابل الأصح وفي نظر القلة من أن المحال عليه ليس أجنبياً عن عقد الحوالة ، برغم كونه مديناً بالمال المحال به ، فإن المحال عليه عندئذ يشترط رضاه كالمحيل والمحال ، وقد علمنا موقف المذاهب من شريطتي العقل والبلوغ فيهما (أي المحيل والمحال) فما قيل فيهما بهذا الشأن يقال في المحال عليه برأي هذه القلة . فلينظر (ف/ ١٢٥ و ١٣١) .

ثانياً) - القدرة على التنفيذ :[3]

١٣٣ - يشترط الحنفية في المحال عليه أن يكون

= شريطة انعقاد لابد منها لأنها ، كما قال صاحب البحر هنا : إن كانت بأمر المحيل كانت تبرعا ابتداء ، معاوضة انتهاء ، وإن كانت بدون أمره كانت تبرعا ابتداء وانتهاء فهي من المضار التي لايملكها على الصغير وليه كسائر التبرعات ، فلا تصح من غير البالغ ولو بإذن وليه أو إجازته .

وكون المحال عليه مدينا أو عنده مال للمحيل لا يمنع اطلاق الحوالة دون ارتباطها بالدين أو المال الذي للمحيل عنده ، إلا أن يقال : إنها عندئذ تنعقد مقيدة حكما بهذا المال أو الدين ولو صدرت بصيغة مطلقة ، وتكون موقوفة على إجازة الولي ، فليتأمل . (خبير الموسوعة) .

(٢) المهذب ١/ ٣٣٨ والانصاف ٥/ ٢٢٨

(٣) عبارة ابن عابدين « قدرة المحال عليه على الوفاء بما التزم » وهي توهم اشتراط الملاءة أو اليسار وهو غير مقصود السياق ، لذلك عبرنا بالقدرة على التنفيذ دفعاً لهذه الشبهة .

قادرا على تنفيذ الحوالة ، فلو قبل الحوالة مقيدة بشرط الإعطاء من ثمن دار المحيل ، فهي حوالة فاسدة ، لأنه لا يقدر على بيع دار ليست له . فإن كان ثَمَّ إذنٌ سابق من صاحب الدار ببيعها صحت الحوالة ، لانتفاء المانع ، لكنه لا يجبر على البيع وإن كان وجوب الأداء في الحوالة متوقفاً عليه ، فإذا باع الدار مختارًا يجبر على الأداء كما لو قبل الحوالَة إلى الحصاد ، فإنه لا يجبر على الأداء قبله .

وكذا لو قبل الحوالة على أن يؤدي من ثمن داره هو ، فإنه لا يجبر على الأداء حتى يبيع مختارًا ؛ لكن إن شرط قيامه بهذا البيع في صلب عقد الحوالة أجبر عليه ، قياساً على الرهن ، إذا شرط فيه بيع المرهون عند عدم الوفاء ، فإنه يكون شرطاً ملزماً ، لا يملك الراهن الرجوع فيه . هكذا جمع صاحبُ الظَهِيرية بين قولَيْن : (أحدهما) إطلاق الإجبار ، (والثاني) إطلاق عدمه ، فحمل الأول على حالة الاشتراط ، والثاني على عدمه وهو تفقّهٌ حسن[١] .

[وغير الحنفية ينبغي أن يكونوا كالحنفية في هذه الشريطة ، وهم ساكتون عن ذلك[٢]] .

ثالثا) - ملاءة المحال عليه :

١٣٤ - لم يشترط الحنفية ، ولا الشافعية[٣] ، ملاءة المحال عليه . وكذلك الزيدية على ما استظهره الإمام يحيى.

أما الحنابلة ، والشيعة الإمامية ، والزيدية على ما قرره المهدي في البحر الزخار[٤] ، والإباضية ، والمالكية على تقرير الرهوني[٥] ، فيشترطون ملاءة المحال عليه للزوم الحوالة إذا لم يرض المحال بالحوالة ، على معتمد الحنابلة ، أو إذا جُهل حال المحال عليه ، على رواية عندهم جاءت على وفق مذهب الإمامية والإباضية ، وينص الحنابلة على أنَّ من قَبِل الحوالة على ملِيءٍ بعدما أفلس[٦] كان رضاه معيبا فلا يعتبر ، بل يحق له فسخ الحوالة .

وينص الإمامية على أن حَقَّ الفسخ هذا لا يتأثر بيسار المحال عليه من بعد الإعسار عملاً بالاستصحاب فلا يسقط وإن أبدى فيه صاحب تذكرة الفقهاء احتمال سقوطه لزوال مقتضيه[٧] .

أما الظاهرية[٨] ، والمالكية على تقرير الخِرْشي[٩] ، فيشترطون ملاءة المحال عليه لصحة الحوالة مطلقا . وقيد الخِرشي بطلان الحوالة في هذه الحالة بأن يجهل المُحَالُ حالَ المحالِ عليه (أي عدم الملاءة) وأن يَعلمها المحيل .

الأدلة :

١٣٥ - الذين أثبتوا شريطة اليسار على أنها للانعقاد إنما يستندون إلى مورد النص في حديث الحوالة «إذا أُتبِع أحدكم على مليءٍ فليتَّبِعْ » إذ قد شُرط في المحال عليه ملاءتُه ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تجوز إلا على مليءٍ[١٠] .

(١) البحر على الكنز ٦/٢٦٩ وابن عابدين على الدر المختار ٤/٢٩٥
(٢) وإلى هذا ذهبت المجلة في المادة ٦٩٦ ومرشد الحيران في المادة ٨٩٥
(٣) البجيرمي على المنهج ٣/٢٣
(٤) البحر الزخار ٥/٦٨
(٥) الرهوني ٥/٤٠٧

(٦) المغني لابن قدامة ٥/٦٠ وواضحٌ أنهم يعنون أن المحال يحسب أنه مازال مليئاً .
(٧) تذكرة الفقهاء ٢/١٠٧ والروضة البهية ١/٣٦٦
(٨) المحلى ٨/١٠٨
(٩) الخرشي على خليل ٤/٢٣٦
(١٠) المحلى ٨/١٠٩

أقول : ومعنى اشتراط ملاءة المحال عليه لجواز الحوالة عند الظاهرية أن هذا الاشتراط ينصرف إلى ناحيتين :
١ - ارتباط وجوب الاتباع (وهو خطاب تكليف) بهذه الشريطة بالنسبة الى المحال . فيجب عليه أن يقبل الحوالة ويتبع المحال عليه المليء .
٢ - وارتباط جواز الحوالة (أي انعقادها) بهذه الشريطة أيضا . فإذا انتفت الملاءة انتفى وجوب الاتباع كما تنتفي صحة عقد الحوالة وإن رضي بها المحال ، لأنه عندئذ قد رضي بعقد غير مشروع مادامت مشروعيته مربوطة بهذه الشريطة ، ومن هنا يتبين أن جواز الحوالة وعدمه هنا يراد به انعقادها وعدم انعقادها . (خبير الموسوعة)

ولكن غَنِيٌّ عن البيان أن الحديث ليس فيه تصريح بالاشتراط، وإنما فيه ذكر الحوالة في حالة معينة، فإذا وجد وصفٌ جامع بين هذه الحالة المعينة وغيرها أمكنت تسوية الحكم بينهما: فالحوالة على معسر كالحوالة على موسر، كلاهما استبدال ذمة بذمة عن تراض لغرض صحيح، فلا تأثير للإعسار إذَنْ، سِيَّما والمال غادٍ ورائحٌ - كما لو اشترى شيئاً مَعيباً وهو يعلم عيبه، وحتى لو كان يجهل هذا العيب هنا في الحوالة أي (إعسار المحال عليه) فقد يقال إنه هو المقصر وقد قاله الشافعية فعلاً، لأنه ترك البحث عن حال الذمة البديلة مع علمه بتأثر قيمة الدين بها، فيكون كالمغبون الذي يشتري الشيء بأكثر من قيمته دون تغرير وهذا لا خلاف في صحة شرائه ولزومه[1].

١٣٦ - والذين أثبتوا شريطة اليسار على أنها شريطة لزوم، يقيسون عيب الذمة البديلة بالإعارة على عيب السلعة المشتراة بما ينقص قيمتها، بجامع أن في كُلٍّ منهما جهالةً بما وقع العقد عليه، لأن الإعسار أيضاً ينقص قيمة الدين. بل إنه قياس بطريق الأولوية - على أصول المالكية - في حالة الغرور، لأن الجهالة بحال الذمة في شراء الدَين مبطلة للعقد عندهم إلا أنه استثنيت من ذلك الحوالة.

وجوابه:

أن العرف يفرق بين الحالين: فهو في حالة شراء السلعة يقضي بأن المشتري لم يبذل الثمن إلا ليأخذ

---

(١) مغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٦

ويُلحظ هنا أن هذا الاستدلال القياسي من الشافعية ومن على رأيهم في أن ملاءة المحال عليه ليست شرطاً لصحة الحوالة قياساً على شراء المبيع المعيب مع العلم بعيبه أو على الشراء بغبن دون تغرير إنما يستقيم لو سلم لنا أمران:

الأول: أن القياس يقدم على مفهوم المخالفة في النص - عند القائلين به - حين التعارض.

الثاني: أن الرخص يقاس عليها، أو أن الحوالة ليست من الرخص في شيء - بناء على أن النهي عن بيع الدين بالدين لم يثبت.

أما الأول: فمجرد كون القياس حجةً متفقاً عليها بين أكثر المتنازعين هنا يفيد تقديم القياس على مفهوم المخالفة الذى هو محل خلاف كبير. كيف وهم مصرحون في الأصول بأن دلالة القياس أقوى من دلالة العام الظني الدلالة، وهو منطوق لامفهوم (مسلم الثبوت ١/٣٥٨).

وأما الثاني: فإذا نظرنا في الحديث الذي يتعلق به العلماء في منع بيع الدين بالدين وجدناه ليس بذاك، أعني حديث ابن عمر عند الدارقطني والحاكم - وصححه - على شرط مسلم (مع العلم بما في تصحيحات الحاكم من كلام) «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» أي الدين بالدين، كما روى البيهقي تفسيره عن نافع، ولكن الدارقطني نفسه وابن عدي تعقبا الحاكم في تصحيحه هذا - بأن الحديث =

= مما تفرد به موسى بن عبيدة الربذي، وقد قال فيه أحمد: لاتحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث إلا عنه. وتلاهما ابن المنذر فقال: إسناده لايثبت (تكملة المجموع في فقه الشافعية ١٠/١٠٧ ونيل الأوطار ٥/١٥٦ - ١٥٧)

وإن حديث ابن عمر عند الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) ونصه: «أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، مالم تفترقا وبينكما شيء» هذا الحديث لو صَحّ رفعه لأغنى عن الأول، ولكن قال البيهقي: تفرد برفعه سماك بن حرب، كما قال شعبة: رفعه لناسماك، وأنا أفرّقه، ومن ثَمّ يقول ابن حزم: هو خبر لايصح ولاحجة فيه (المحلى ٨/٧٩ و ٥٠٤).

ولكن هذه الآثار لم تجئ عفواً، ففي الموضوع إجماع منعقد رواه أحمد وحسبك به، فيبدو أنها من أصداء هذا الإجماع. وعبارة أحمد - وكان بصدَدِ الحديث الأول - «ليس هذا الحديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لايجوز بيع دين بدين» (نيل الأوطار ٥/١٥٦ - ١٥٧) فإمّا أن يتقبل هذا من أحمد على صعوبة تسليم دعاوى الإجماعات أو أن يستند في المنع الى عموم حديث النهي عن بيع الغرر (ر: ف/ ٣٤)

أمّا أن الرخصة يقاس عليها، فهذا هو المقرر في الأصول، والمطبق في الفقه وإن الخلاف فيه يكاد يكون لفظياً - مادام المعنى الذى من أجله شرعت الرخصة مفهوماً ومتحققاً في الفرع (جمع الجوامع ٢/٢١٤). وكثيراً ما يكون هذا المعنى هو التنفيس عن مدين قد ثقل عليه عبء دائنه - ولاشك في تحقق ذلك في الحوالة مطلقاً: سواء كان المحال عليه موسِرا أم معسراً.

سلعة سليمة ، ولا كذلك حالة الحوالة على مَـدين لأنهـا إن لم تكن مُؤْذِنةً بالعُسْرة سلفاً ، فلا أقـلَّ من أنه بوسع المحال أن يسأل عن الذمة الجـديدة (وليس بوسع المشتري أن يعرف كل عيب بالسلعة) ، فإذا قصر مع ذلك ولم يبحث حتى يتعرف الحقيقة ، فاللائمة عليه هو . ولا يسلم ببطلان العقد بجهـالة حال الذمة في بيـع الدَّين[١] .

رابعـا) ـ هل يشترط أن يكـون المحال عليـه أملاً من المحيل ، ومتى ؟

١٣٧ ـ إذا كان المحـال ولي قاصر كوصي يتـيم أو كان صغيرًا مميزًا فلا بُدَّ من إجازة وليـه ، فـإن الحنفية يشترطون أن يكون المحال عليـه حينئـذ أملاً من المدين الأول صيانةً لحق الصغير[٢] ، لقوله تعالى : (ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم إلاّ بالتي هي أحسنُ) [٣] والصغير بمثابة اليتيم . كذا يؤخذ من البدائع[٤] ، ونقله في البحر دون تعقيب[٥] . لـكن ابن عابدين في حواشيـه على البحـر نقل نصوصـاً مذهبيـة تنافيـه : وذلك إذ يقول ـ نقلاً عن كتاب أحكام الصغار ـ «ذكر فخـر الدين في بيـوع فتـاواه : الأب والوصيّ إذا قبلا الحوالة على شخص دون المحيل في المَلاءة ـ إن وجب ـ أي الدين ـ بعَقْدهـا جاز عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يجوز عند أبي يوسف ، وإن لم يكن واجباً بعقدها (كالإرث) لا يصـح في قولهم . وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في باب الخلع من المبسوط ـ في حيلة هِبَة صَداقِ الصغيرة ـ . أن الأب يحتال على نفسه شيئاً ، فتبرأ ذمة الزوج من ذلك القـدر ، ولو كان الأب مثـل الزوج في المَـلاءة فينبغـي أن تصـح أيضاً»[٦] وقد اكتفى ابن نُجَيم في البحر بحكاية القولين عند التساوي في الملاءة[٧] .

١٣٨ ـ أما غير الحنفية ، ففي كلام بعضهم ـ كما هو مقتضى إطلاق حديث الحوالة ـ التصريح بصحة احتيال ولي القاصر بشريطة واحدة : أن تقتضيَ ذلك مصلحة القاصر نفسه ، أخذاً من نص التنزيل الحكيم : (ويسألونك عن اليتامى ، قل إصلاحٌ لهم خيرٌ) [٨] دون تقييد بأي قيد آخر . ولذا أبطلوا احتياله على مفلس ، عُلم إفلاسه أم جُهل ، أو احتياله بدين موثَّق عليه برَهن أو ضمان ، لما في انفكاك الوثيقة من الضرر البين[٩] .

وقد سُئل السيوطي عن رجل له على رجـل دين ، فمات الدائن وله ورثة ، فأخذ الأوصيـاء من المدين بعض الدين ، وأحـالهم على آخر بالبـاقي ، فقبلوا الحوالة وضمن لهم آخر ، فمات المحال عليـه ، فهـل لهم الرجوع على المحيـل أم لا ؟ فأجـاب : يطالبـون الضامن وتركة المحال عليـه ـ فـإن تبين إفلاسهما تبين فساد الحوالة لأنهـا لم تقع على وفق المصلحـة للأيتام ، فيرجعون على المحيل»[١٠] .

(١) وهو جواب سديد ، بناء على أن المحال لا يحتال إلا برضاه . وهذا هو المقرر في التقنينَين الألماني والسويسري ، أعني أن يسار المحال عليه ليس بشريطة أصلاً . وسيجيء في هذا مزيد بيان .

(٢) أخذت المجلة بهـذه الشريطة في المـادة/٦٨٥ وكذا مرشد الحيران في المادتين / ٨٨١ و ٨٨٩

(٣) سورة الأنعام / ١٥٣ والاسراء / ٣٥

(٤) البدائـع ١٦/٦

(٥) البحر ٢٦٨/٦

(٦) حواشي البحر لابن عابدين ٢٦٨/٦
والمنطق يقتضي عدم اشتراط الأملئية ، لأن أرباب الولايات الشرعية إنما يتصرفون على وجه الغبطة والنظر لمن تحت ولايتهم . فإن ثبت أن القول الآخر هو الصحيح في المذهب ، فلا كلام .

(٧) البحر ٢٧٥/٦

(٨) سورة البقرة / ٢٢٠

(٩) نهاية المحتاج على المنهاج ٤٠٩/٤ ـ ٤١٠ والبجيرمي على المنهج ٢٠/٣ و ٢٣

(١٠) الحاوي للفتاوى ١٦٧/١

ومن أمثلة المصلحة أن يكون المحيل بمال اليتيم فقيرًا أو مماطلاً أو مَخوف الامتناع بسطوةٍ أو هربٍ أو سَيِّء القضاء على أية صورة، والمحال عليه بعكس ذلك كله، فتكون الحوالة من مصلحة القاصر.

خامسا) - هل يشترط إمكان احضار المحال عليه مجلس الحكم ؟

١٣٩ - تفرد بهذه الشريطة متأخرو الحنابلة تبعاً للشيخ تقي الدين بن تيمية، وقد فسر الزركشي (في شرح الخرقي) القدرة بالبدن - في صدد بحث المليء الذي يجبر المحال على اتباعه - بإمكان حضوره لمجلس الحكم :

(أ) فلا يصح عندهم أن يحيل ولد على أبيه إلا برضا الأب، لأنه لا يملك طلب أبيه . قال ابن نصر الله : هذه المسألة لم يذكرها أحد ممن تقدم من الأصحاب . وظاهره صحةُ الحوالة على أمه ولو بغير رضاها .

(ب) كما لا يلزم بقبول الحوالة على أبيه (أي أب المحال) .

(ج) ولا يلزم المحال بقبول الحوالة على من في غير بلده .

(د) ولا يلزم المحال كذلك بقبول الحوالة على ذي شوكة [1] .

سادساً) - مديونية المحال عليه للمحيل عند من لا يجيز الحوالة المطلقة :

١٤٠ - لا يَشْتَرط الحنفية هذه الشريطة، لإجازتهم الحوالة المطلقة [2] ، ومن فروع هذا الأصل ما نقلوه في الهندية عن المحيط ونصه :

(١) مطالب أولي النهى ٣/٣٢٧ و٣٢٩

(٢) وقد أخذت المجلة بجواز الحوالة المطلقة في المادة /٦٨٦ وكذلك مرشد الحيران في المادة / ٨٧٨ .

« لو أن مسلماً باع من مسلم خمرًا بألف درهم، ثم إن البائع أحال مسلما على المشتري حوالة مقيدة - بأن قال : أحلت فلاناً عليك بالألف التي لي عليك - ثم اختلفوا : فقال المحال عليه (وهو المشتري) : الألف كان من ثمن خمر، وقال المحيل (وهو البائع) : كان من ثمن متاع، فالقول قول البائع المحيل، فإن أقام المحال عليه بينة على المحيل بذلك قبلت بينته، وإن لم تكن الحوالة مقيَّدة بل كانت مطلقة - بأن قال البائع للمشتري : أحلت فلاناً عليك بألف درهم - لا تبطل الحوالة، وإن أثبت المشتري على المحيل أن الألف التي عليه كانت ثمنَ خمرٍ » [3] .

أما منكرو الحوالة المطلقة فيشترطون في المحال عليه أن يكون مَديناً للمحيل بدَيْن الحوالة وقد بسطنا الكلام فيه سابقاً (ر : ف/ ٤٣) .

ومما يتعلق بهذا المسائلُ التاليةُ :

١٤١ - (أ) أن ناظر الوقف ما لم يتعدَّ في استحقاق المستحقين لا يكون مديناً لهم بما يستحقون من الغَلّة، فلا يصح أن يحيل على الناظر أحدُ المستحقين باستحقاقه دائناً له، كما لا يصح للمعنى نفسه أن يحيل ناظر الوقف أحد المستحقين، أو أيَّ دائن لجهة الوقف، على مدين لها كمستأجر عقار من عقارات الوقف ؛ لما علمنا فيما سلف من اشتراط كون المحيل مديناً للمحال : فإن فعل فليس ذلك إلا توكيلاً أو مجردَ إذن بالقبض يجوز له الرجوع فيه قبل استيفاء المأذون له من تلك الجهة [4] .

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٠٤ .

(٤) إن عدم مديونية ناظر الوقف بحقوق المستحقين في غلته متفرع من النظر الفقهي : أن الوقف يعتبر له ما يسمى بلغة القانون اليوم « شخصية اعتبارية » . فمتولي الوقف، أي ناظره ليس سوى قائم أمين على إدارة أموال هذا الشخص الاعتباري (الوقف) =

أما إذا تعدّى ناظر الوقف فإن ما يتعدّى فيه يصير دَيناً في ذمته ، وتجوز الحوالة به وعليه ، إذا استوفى سائر شرائط الحوالة .

هكذا نص الشافعية [١] ، وللحنابلة مثله [٢] ، وكذلك المالكية – وهم يسمّون إحالة ناظر الوقف بعض المستحقين على ساكن عقار الوقف مثلا باسم «حوالة الإذن» تمييزا لها عن الحوالة الاصطلاحية – فهذه الحوالة عندهم أيضاً توكيل : فللمحيل عزل المحال ، أو بالحَرَى المأذون ، ولا تبرأ ذمة المحيل (الآذن) [٣] إلا بالقبض ، فإذا لم يتم رجع المأذون على آذِنه ، بخلاف الحوالة الاصطلاحية في ذلك كلِّه والحوالة الحقيقية الاصطلاحية يسميها المالكية حوالة القطع [٤] تمييزًا لها عن حوالة الإذن .

وسيأتي مثل هذا بعينه للحنفية [٥] . (ر : ف/١٥١) ويقاس على ناظر الوقف كل مُتَولٍ لجهة عامة ، كناظر بيت المال ، ومدير خزانة الديوان . وقد نص ابن تيمية على أن الحوالة على ما لإنسان في الديوان هي إذن في الإستيفاء فحسب ، أي وكالة وللمحال الرجوع عليه ومطالبته [٦] .

وهذا هو ما رمى إليه السيوطي في فتاويه ، لاالحكم بأنها حوالة اصطلاحية ، إذ سئل في رجل جبي بالأمانة ريعَ وقف بإذن ناظر شرعي ، وصرف ذلك للمستحقين أو العِمارَة بإذنه ، وفضل له على الوقف شيءٌ . ومن الوقف حمّام تجمّد على مستأجره من أجرته شيءٌ ، فأحال الناظر ذلك الرجل عليه بأفضل له ، فهل تصح الحوالة أم لا؟ فأجاب :نعم ، وهي عبارة عن تعيين جهة لأداء الدين المستقر على الوقف [٧] .

١٤٢ – (ب) والذي يموت وهو مدين تظل ذمته مشغولة بدينه حتى يؤدى عنه ، فإن لم تكن له تركة لا يسقط دينه من ذمته (على خلاف اجتهادي في ذلك) ما لم يتبرع متبرع بقضاء دينه ، وعلى هذا يكون لدائنه بعد موته أن يحيل بدينه عليه ، لا على تركته ، لأنها من ناحية ليست شخصاً ولا تحقق للحوالة إلا على شخص يسمى محالاً عليه ، ومن ناحية أخرى هي إما عين ، ولا تصح الحوالة على عين عند غير الحنفية ، وإما دين له وهذا ينتقل للوارث ، وعليه الوفاء مما ورث أو من غيره .

= بالصيانة والاستغلال والتوزيع وفقاً لشروط الواقف . فالذمة في كل ذلك ذمة الوقف نفسه ، وهو الدائن والمدين وليس المتولي الناظر ، وهذا هو النظر الفقهي الصحيح في شخصية الوقف التي تدل عليها فروع الأحكام التي قررها الفقهاء (كمسألة عدم صحة الحوالة بالاستحقاق على الناظر المبينة هنا) وإن لم يصرح فقهاؤنا بلفظ الشخصية الاعتبارية للوقف ، لأن هذا اصطلاح قانوني حديث ، وقد بسطت الكلام على ذلك في كتابي (الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ج ٣ ف/١٨٥ و ١٨٣) كما بينت هناك غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن فلينظر .
(محبر الموسوعة)

(١) البجيرمي على المنهج ٢١/٣

(٢) مطالب أولي النهى على المنتهى ٣٢٦/٣ .

(٣) هكذا عبر الأستاذ المحترم كاتب الموضوع . لكن لا يخفى أن المحيل الآذن في المثال المذكور هو ناظر الوقف وهو ليس مشغول الذمة بحق المستحق في غلة الوقف حتى يصحّ القول بأنه لا تبرأ ذمته . فالتعبير السديد أن يقال : لا تبرأ ذمة الوقف بهذه الحوالة ، أو لا يعتبر المستحق المحال كالمستوفي . (محبر الموسوعة)

(٤) الخرشي على خليل ٢٣٢/٤

(٥) نصت المادة /٨٨٨ من مرشد الحيران على أنه « تصح إحالة =

= المستحق في الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على ناظر الوقف إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده وقبل الحوالة . ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد الناظر » . والظاهر أنها عندئذ كالحوالة على الوديع مقيدة بالأداء من المال المودع لديه ، لأن ناظر الوقف أمين على ما في يده من الغلة للمستحقين نظير الوديع ، وليس مدينا لهم به .

(٦) الفروع ٦٢٩/٢

(٧) فتاوى السيوطي ١٦٧/١

أما الأصل المقرر من أن ذمة الميت تخرب بموته – أو بعبارة أخرى : إن الميت لا ذمة له – فإنما هو بالنسبة إلى المستقبل ، لا الماضي. هكذا نص الشافعية [١] .

١٤٣ – (ج) وللإباضية تدقيقات في الوصف الذي يُوصف به دَينا الحوالةِ حولَ مطابقة ذلك الوصف للواقع ، حتى إن أيّة مخالفة من هذا القبيل تجعل الحوالة باطلة – ولو كانت إنما تتعلق بسَبَبِ الدَين – كأنْ وُصف بأنه من قرض وهو من بيع ، أو بوَقْتِ ثبوتِه أو مكانه أو شهودِه ، كأن قيل : إنه وجب أمسِ ساعةَ كذا ، وقد وجب أمسِ قبلَها أو بعدَها ، أو قبلَ أمسِ أو بعده ، أو قيل : في مكان كذا على يد فلان وفلان ولم يكن كذلك .

ويعللون البطلان بأن الحوالة عندئذ من قبيل بيع البائع ما لا يملك ، لأن الذي يملكه ليس على الصفة التي وَصَف . ومعنى ذلك أن الحوالة وقعت حين وقعت على غير مَدينٍ أو من غير مدين – وإن كان عليه دَين فعلاً لكن بصفة أخرى – إذ قيدت الحوالة بدَين لا وجود له [٢] .

١٤٤ – (د) تقدم في دين المحيل أنه أعم من أن يكون دين حوالة أو ضمان أو غيرهما (ر : ف/ ١٢٨) . ومثله في هذا التعميم الدَين الذي يحال عليه في الحوالة المقيدة . ومن المسائل الواردة تفريعاً على هذا الأصل : ما إذا أقرض شخص اثنين مائة دينار – على كلٍّ منهما خمسون – وتضامَنَا ، ثم أحال على أحدهما بخمسين دينارًا ، هل تنصرف الحوالة إلى الخمسين الأصلية التي عليه – حتى ينفك رهنها إن كان فيها رهن – أم توزع عليها وعلى الخمسين الأخرى التي ضَمِنها عن رفيقه ، أم يُرجع إلى إرادة المحيل ؟ رجحوا الرجوع إلى إرادة المحيل ، فإن لم تكن له إرادة ، كان بالخيار يصرفها إلى ما شاء من ذلك بإرادة جديدةٍ مُحْدَثةٍ ، هكذا نص الشافعية [٣] .

المبحث الثالث

محل الحوالة وشرائطه

(المال المحال به ، والمال المحال عليه)

١٤٥ – لم يُثبت الحنفية وموافقوهم على اللزوم وجود مال محال عليه لقولهم بالحوالة المطلقة .

وسنتناول هنا بحث شرائط المال المحال عليه على رأي من يشترطون وجوده .

أما تفصيل الخلاف بين الحنفية وغيرهم بخصوص الحوالة المطلقة فقد سبق بحثه في مبحث تقسيم الحوالة وبيان أنواعها (ر : ف/٥٤) .

المطلب الاول

تحديد نوعية المال القابل للحوالة

يتفرع الكلام في نوعية المال المحال به والمال المحال عليه على النحو التالي :

١ – حوالة الدين .

٢ – حوالة العين .

٣ – حوالة المنفعة .

٤ – حوالة الحق .

---

(١) مغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٤ ونهاية المحتاج على المنهاج ٤/٤١٤ وهو ظاهر المذاهب الأربعة جميعاً ، لكن أباحنيفة (رض) وحده دون صاحبيه يرى عدم صحة كفالة دين الميت بعد موته إذا لم يترك مالاً ، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به . (ر : كشف الأسرار على أصول البزدوي ٤/٣١٥) وقد بسطت القول في ذلك في كتابي المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي في (الفقرتين ١٢٦ – ١٢٧) (خبير الموسوعة)

(٢) شرح النيل ٤/٦٤٠

(٣) مغني المحتاج ٢/١٩٨

أولا) ـ حوالة الدين :

١٤٦ ـ لا خلاف في جواز أن يكون المال المحال به ديناً . وكذلك المال المحال عليه ـ عند من يشترط وجوده ـ فلا خلاف في أن يكون ديناً .

ثانياً) ـ حوالة العين :

١٤٧ ـ الحوالة بعين ـ مطلقة كانت أو مقيدة ـ لا تصح ، إذ لا يتصور فيها النقل الحكمي[١] .

أما الحوالة على العين ـ أي في الحوالة المقيدة ـ أيّاً كان نوع العين ، فلا تعرف عند غير الحنفية . إذ هم جميعاً شارطون في المال المحال عليه أن يكون ديناً[٢] . فالعين لا تصح الحوالة عليها ، سواء كانت أمانة أم مضمونة ، كوديعة ، ومال مضاربة أو شركة ، ومرهون بعد فكاكه ، وموروث ، وباقٍ في يد وليٍّ بعد رفع الحجر عن قاصره ، وعارية ، ومغصوب ، ومأخوذ على سَوم الشراء ، ومقبوض بعقد فاسد .

ثالثاً) ـ حوالة المنفعة :

١٤٨ ـ لا تصح كذلك ؛ إذ المنفعة كالعين ، لا يتصور فيها النقل الحكمي .

أما الحوالة على المنفعة فلم نجد في نصوص الفقهاء ما يشعر بجواز كونها مالاً محالاً عليه . والظاهر أن ذلك لكون المنافع التي يستحقها إنسان بسببٍ ما إنما تستوفى شخصياً من قبل صاحبها ، وهي دائماً من غير جنس الدَّيْن المحال به .

رابعاً)ـ حوالة الحق :

١٤٩ ـ هل تجري الحوالة في الحق ؟ وإذا كانت تجري فهل تكون نوعاً من أنواع الحوالة السابقة الشرح ، بمعنى «نقل الدَّيْن . . » الخ . أفردوه باسمٍ خاصٍّ لمعنىً يخصُّه ؟ أو لا يشملها التعريف السابق فترِد نقضاً عليه ؟

لقد شجر الخلاف منذ عهد قريب ، حول حوالة الحق في الفقه الحنفي : ففريق ينفيها ، وفريق يثبتها[٣] . وممن قال بنفيها المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، حيث أفاد : «ان حوالة الحق ، في الاجتهاد الحنفي ، لا تصح ، وعند الأئمة الثلاثة تصح للحاجة إليها »[٤] .

ويبدو لي أن النفي والإثبات لم يتواردا على مورد واحد :

١٥٠ ـ فالذين نفَوا : إنما أرادوا بالحق ما قابل الدَّيْنَ والعَيْنَ والمنفعةَ ، أي الحقَّ غيرَ المتعلِّق بمالٍ مثليٍّ ثابت في ذمة آخر ، كحق الارتفاق العقاري

(١) البحر ٢٧٦/٦ ونهاية المحتاج على المنهاج ٤١٤/٤ ومغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ والخرشي على خليل ٢٣٣/٤ وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ١١٥/٢ والفروع ٦٢٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٤/٢ و١٠٧ والبحر الزخار ٦٧/٥ ومدارج الكمال ١١٤ ومتن النيل ١٠٤/٢ و٥٣٥ .

(٢) وهذا مما أخطأ فيه المرحوم الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم في كتابه « مذكرة الالتزامات » حيث إنه بعلما قرر أن حوالة الحق (بالصورة التي صورها بين مدين ودائنه ودائن دائنه) جائزة صحيحة عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، قرر أن الحكم كذلك لو كان المال الذى للمحيل عند المحال عليه عيناً مضمونة أو أمانة فجُعلت موضوعَ الحوالة (ر: مذكرة الالتزامات ص/ ٢١٩) نعم يجوز توكيل مالك العين آخرَ ـ كدائن له ـ في قبضها ممن هي عنده ، مع تسليطه على ملكها بعد قبضها . وتوكيل من هي عنده في إقباضها (البجيرمي على المنهج ٥١/٣ والفروع لابن مفلح ٦٩٢/٢ ومطالب أولي النهى على المنتهى ٤٤٦/٣) .

(٣) الوسيط للسنهوري ٤٢٠/٣ وما بعدها ، والمدخل إلى نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية لمصطفى أحمد الزرقا فقرة / ٣٢ وما بعدها .

(٤) مذكرة الالتزامات للشيخ أحمد ابراهيم ص ٢١٩ والمدخل لمصطفى الزرقا فقرة / ٣٢ .

وحق المستأجر في عمل الأجير . وهو يؤول إلى حق الانتفاع أو ملك المنفعة. وهو ، بهذا المعنى ، منصوص في كتب المذهب على نفي صحة الحوالة به . فصاحب السراج الوهاج يقول : «لا تصح الحوالة بالأعيان والحقوق»[١] .

ويحكي الحصكفي في الدر المختار مثل ذلك عن الحدادي في الجوهرة ، ويستنتج من هذا صاحب النهر : «أن الحوالة على الإمام من الغازي بحقه من غنيمة مُحْرَزَة لا تصح ، وكذا حوالة المستحِق بمَعْلومه في الوقف على الناظر»[٢] . وقد ناقش ابن عابدين صاحب النهر فبيَّن عدم انطباق المثالين المذكورين على الموضوع ، لأن حق المستهلك في الوقف وحق الغانم في الغنيمة المُحْرَزة هما - في كلام صاحب النهر ، مُحالٌ عليهما مع أن أصل الموضوع في المال المحال به أنه يجب كونه ديناً لا عيناً ولا حَقّاً مجرّدًا ، نظرًا لأن الأعيان لا تَقْبَل إلا النقل الحِسّيّ لا الحكمي . ثم قرر ابن عابدين صحة الحوالة من المستحق في الوقف ، ومن الغانم في الغنيمة المحرَزة ، على الناظر والإمام ، سواء قُيِّدت بذلك الحق ، أو ذلك المعلوم ، أم لم تقيد بهما[٣] لأن المفروض أن المُحَال به دَين صحيح ، ومن المقرر أن المحال عليه لا يَشترط أن يكون عليه للمحيل دَين أو عين . ثم ذكر ابن عابدين أن ما يُتَوهَّم كونُه من قبيل الحوالة بحق هو عكس هذين المثالين (أعني أن يكون المحيل بذلك الحق أو المعلوم ، هو الإمام قبل قسمة الغنيمة ، أو ناظر الوقف قبل قبضه غَلَّتَه) لأن كُلّاً من الغازي والمستحق لم يملك بعدُ نصيبَه ، حتى يمكن أن يكون له هنا دَين يحال به ، وإنما هو مجرد حق . لكن الواقع أنه لا حوالةَ أصلاً حينئذ ، وإنما هي وكالة بالقبض من المحال عليه . وهم مصرِّحون بأنه لو مات الناظر ، بعد أن أحال المستحق على مستأجر عقار الوقف ، كان للناظر الجديد أن يسبق المحال إلى استيفاء الأُجرة . فإذا كانت هذه الحوالة من الإمام بعد القسمة ، أو من الناظر بعد القبض ، فإنها تكون حوالة بعين ، ومن ثَمَّ تبطل ، إلا أن يكون استَهلك العين أو خلطها بماله ، فإنها تصير دَيناً في ذمته تصح الحوالة به . ثم اختتم ابن عابدين تعليقَه قائلاً : «فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلاً ، سواء كان الغازي أو الناظر مُحيلاً أم محتالاً ، وسواء كانت الحوالة مطلقة أم مقيدة»[٤] .

١٥١ - والذين أثبتوها : لم يريدوا حوالة الحق بهذا المعنى ، بل بمعنى تبديل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة لا بعين ، بحيث يكون المحيل هو الدائن إذْ هو إنما يحيل غيرَه ليستوفي حقه . وعبارتهم في تعريفها : تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر . وتُقابلها لديهم حوالة الدين ، وهي تبديل مَدين بمَدين. بأن يكون المحيل هوالمَدين ، إذْ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه . وعبارتهم التي آثروها في تعريفها : تحويل الالتزام من مدين

(١) البحر على الكنز ٦/٢٦٩ .

(٢) ابن عابدين على الدر المختار ٤/٢٩٠ .

(٣) ذلك لأنها إن قيدت بهما كانت حوالة على عين وهي صحيحة عند الحنفية (بخلاف الحوالة بالعين) ، وإن أطلقت كانت التزاماً من الإمام أو الناظر في ذمتيهما وهو أيضاً التزام صحيح.
ويظهر من كلامهم في هذا المقام أن مرادهم بالحق الذي لاتجوز الحوالة به إنما هو الحق المجرد المتعلق بعين دون أن يكون شاغلاً ذمة أحد ، فإن هذه صفة حق المستحق في الوقف بعد حصول الغلة في يد الناظر وحق الغانم في الغنيمة بعد إحرازها كما هو ظاهر . (تعبير الموسوعة)

(٤) ابن عابدين على الدر المختار ٤/٢٩١ .

إلى مدين آخر[1] . فإن كان المحيل دائناً ومديناً باعتبارين - كما إذا كان زيد مَديناً لأحمد ودائناً لبكر فأحال زيدٌ دائنَه أحمد على بكر - كانت حوالةً بحق ، وحوالةً بدين ، باعتبارين كذلك .

وهذا اصطلاح قانوني ، ولا مُشَاحّة في الاصطلاح كما يقولون ، لولا أنه تكثير للأقسام دون داعٍ صحيح[2] ، وإن كان التقسيم في ذاته صحيحاً ، إذا نظرنا إلى مجرد تبديل طالب بطالب دون تعمق في فلسفة المذهب الحنفي ، ولكن حوالة الدين أوضح ، حين يكون العقد إنما جرى أصلا بين مَدين ومَدين ، ثم رضي الدائن ، كما أن حوالة الحق أوضح ، حين يكون الأمر بالعكس : أي إنْ جرى العقد في الأصل بين دائن ودائن ، ثم رضي المَدين .

فكلُّ حوالة مطلقة يحيل فيها المدين على غير مدينه ، هي في الحقيقة حوالة بدين وإن كان ظاهرها أنها حوالة بحق ، حين يكون مريد الحوالة هو الدائن[3] ، مع أنه ليس فيها حينئذ تغيير دائن بدائن . وكل حوالة مقيدة هي حوالة بحقٍّ ، وبِدَيْنٍ أيضاً ، إذ المحيل فيها ليس دائناً تبدل بدائن فحسب ، وهو المحال ، بل هو أيضاً مَدين تبدَّل بمَدين ،وهو المحال عليه . وكُتُب الحنفية طافحة بذكر هاتين الحوالتين (المطلقة والمقيدة) وتفصيل أحكامهما . وقد قدمنا ذكر ذلك ، وسيجيء تفصيل الأحكام .

من كل هذا يتبين أنْ لا نقضَ يَرِد على تعريف الحوالة بهذا المعنى المُحْدَث وإن كان إقحام المصطلحات المُحْدَثة يفتح الباب على مصراعَيْه لكثير من الخلط والاختلاط[4] .

---

(١) الوسيط للسنهوري ٤١٣/٣ .

(٢) ليس الأمر مجرد اختلاف اصطلاح في التسمية بين فقهاءالشريعة وعلماء القانون ، بل هو اختلاف حقيقي متصل بمفهوم الدّين عند الفريقين في العموم والخصوص ،لأن للدّيْن عند القانونيين مفهوماً أعم منه عند فقهائنا .

– فعند القانونيين : الدّين مرادف للالتزام بوجه عام ،ومقابل للحق الشخصي بين طرفين من الاشخاص . أي إن الدّين هو كل ما يكلف إنسان به لمصلحة آخر يسمى دائنا (ولو لم يكن مالا مثليا في الذمة) سواء أكان فعلا كعمل الأجير فيما استؤجر عليه ، أو امتناعاً عن عمل كعدم الاتجار في سوق واحدة بمثل بضاعة الجار نتيجة لاتفاق بينهما . فالحق في كل صوره هذه عند القانونيين قابل للحوالة .

– أما عند الحنفية فالدين هو مال مثلي ليس متعلقا بعين معينة ولكنه ثابت في ذمة شخص آخر . فمالك هذا الدين (وهو الدائن) هو صاحب حق له في ذمة غيره ، فيستطيع تحويله الى دائنه (إن كان هو مدينا لآخر) وذلك بأن يحيل دائنه على مدينه ، فيتبدل بالنسبة الى المدين المحال عليه دائن بدائن وهي الحوالة المقيدة . ولايقبل عند الحنفية حوالة نوع آخر من الحقوق. ففي هذا الحد فقط يتفق فقهاء الحنفية مع علماء القانون في حوالة الحق وحوالة الدين دون الحقوق أو الديون التي لا تشغل الذمم بمبلغ من المال المثلي كحق المستحق في الوقف (على ما سبق بيانه) وكحق الشفعة . هذا ما أرى في تحرير هذا المقام الذي زاغ فيه فهم الكثير من الباحثين. (محرر الموسوعة)

(٣) الوسيط للسنهوري ٤٢١/٣ .

(٤) ألا ترى كيف تطرق الدكتور عبد الرزاق السنهوري من هذا الطريق (إذ كانت الحوالة – في المصطلح القانوني – انتقال الالتزام بجميع خصائصه : من صفات وضمانات ودفوع) الى انكار أن يكون الفقه الاسلامي – في أي مذهب من مذاهبه – قد عرف حوالة الدين ، وادعائه أنه إنما عرف حوالة الحق بين الأحياء في مذهب واحد هو مذهب المالكية ، لكن على نطاق ضيق ، وبعنوان بيع الدين أو هبته لغير من هو عليه (ر : الوسيط للسنهوري ٤٣٦/٣) مع أن الحوالة عند المالكية أيضا ليست إلا بيع دين بدين ، ومع أن الشافعية كالمالكية في هذا وذاك . (ر : بداية المجتهد ٢٩٩/٢ وبلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢)

أقول :

لا شك أن اختلاف المصطلحات – كما يقول الاستاذ كاتب الموضوع – قد كان له أثر كبير في وقوع الاشتباه بين الباحثين في هذا المقام .

وفي رأيي الشخصي أن وهم الأستاذ القانوني الكبير عبد الرزاق السنهوري في إنكاره حوالة الدين في الفقه الاسلامي إنما جاء من تصوره أنه إذا لم تقبل في الفقه الاسلامي حوالة جميع أنواع الدين بمفهومه القانوني (الأعم من مفهومه الشرعي) وبجميع خصائص هذه الحوالة ونتائجها عند القانونيين فمعنى ذلك أن فقهاء الشريعة في نظره لا يعرفون حوالة الدين . وهذا منه منطلق الخطأ ، فإن حوالة الدين (بمعناه عند فقهاء الشريعة وهو أضيق =

١٥٢ - قدمنا أن المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ممن قال بنفي حوالة الحق في المذهب الحنفي .

ويبدو أنه أخذ ذلك من التفسير الذي أبداه الحنفية لنقل الدين في الحوالة ، ففهم منه أنهم لا يقرون تبديل دائن بدائن لما فيه من تمليك الدين لغير من هو عليه . وإنما يقرون حوالة الدين ، لأنه لا مانع من تبديل مدين بمدين . وهو قولهم : «قد صار على المحال عليه ما كان على المحيل» . وليس يلزم من هذا التبديل الأخير أن يملك المحال الدين المحال به في محله الجديد ، بل هذا ممنوع لما سلف . وغاية ما تفيده الحوالة نقل الدين أو نقل المطالبة به إلى هذا المحل الجديد ، لا تمليكه ، وإنما يملك المحال ما يقبضه وفاء به (ر : ف/٢٧) (وف/ ٢٧٤) . وعدم ملكية المحال للدين في محله الجديد لا يخل بمديونية المحال عليه به ، ولكن يخل بدائنية المحال ، إذ كيف يكون دائنا بدين وغير مالك له ، إلا باللجوء إلى تأويلات بعيدة . أما الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فلا مانع في نظره عندهم من تمليك الدين من غير من هو عليه ، ومن ثمّ لا مانع عندهم من حوالة الحق بأن يتم العقد بين المحيل والمحال ، دون رضا المحال عليه ، لأنه عندهم أجنبي عن عقد البيع الواقع على الدين الذي في ذمته ، وليس هو إلا محل استيفائه ، فلا يشترط رضاه . وهذا بخلاف ما عند الحنفية : فإن رضا المحال عليه عندهم شريطة محتومة ، بل منهم من يجعله ركناً . وإذا لحظنا بجانب ذلك أن عقد الحوالة الخالي من رضا المحيل ليس على التحقيق بحوالة ، وإنما هو من قبيل الضمان (ر : ف/ ٣٣) كان عقد الحوالة عند الحنفية في الحقيقة عقداً بين مدينَيْنِ على أن يحل أحدهما مكان الآخر ، على نحو ما أسلفناه .

هذا أقصى ما يمكن أن يقال ، توجيها لرأي الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله ، وعلى منوال كلامه .

ولكنه لا يخلو من مآخذ عدة نبينها فيما يلي :

أولها) - أن الإمام أحمد يمنع بيعَ الدين وهبتَه لغير من هو عليه[1] ، وأن الإمامين الآخرين (مالكاً والشافعي) لا يقولان بصحة بيع الدين لغير من هو عليه بإطلاق ، وإنما يشترطان لها شرائط قد لا تتوافر في عقد الحوالة كشريطة قبض العوض أو تعيّنه في مجلس البيع أو ما في معناه[2] . فمعوّلهم إذن في تصحيح الحوالة إنما هو إطلاق الترخيص الشرعي الثابت في شأنها ، سواء بعد ذلك أكانت بيعَ دَينٍ بدَينٍ أم لم تكن . وهم فعلاً غير متفقي الكلمة على أنها بيع دين بدين ، ومن الحنفية من يقول به ، كما سترى ذلك في موضعه (ر : ف/٤٦ وما بعدها) ، فإن كانت حوالة الحق لا تقوم إلا على أساس صحة بيع الدين من غير من هو عليه ، فهذا الأساس منهار بالنسبة لمن أنكر منهم أنها بيع دين بدين .

ثانيها - لا نسلم أن حوالة الحق تتوقف على هذا الأساس بل يكفي لتحققها تبديل دائن بدائن ، على أي نحو كان هذا التبديل ولو بمجرد اعتبار أن المحيل تسقط مطالبته بحقه ويمتنع دفعه إليه ، وأن المحال يثبت له حق المطالبة ويجب الدفع إليه . وهذا القدر

- من معناه الواسع عند القانونيين) هي الصورة الأساسية البارزة للحوالة عند فقهاء الشريعة الاسلامية وإن اختلفت نتائج الحوالة عندهم في بعض النواحي عما يقرره لها القانونيون . فإنكار الاستاذ السنهوري حوالة الدين في الفقه الاسلامي هو من الغرابة بمكان ! . (خبير الموسوعة)

(١) مطالب اولي النهى شرح غاية المنتهى ٢٣٠/٣ .

(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٧١/٢ والمنتقى على الموطأ ٧٦/٥ .

يتحقق في كل حوالة مقيدة بدين فإن فيها تبديل طالب بطالب .

ثالثها) – إذا كان الحنفية يشترطون رضا المحال عليه فالمصحح عندهم أنه ليس ركناً في العقد ، فقد يكون التعاقد أساساً بين الدائنين : المحيل والمحال في الحوالة المقيدة لا سيما إذا لاحظنا أن رضا المحيل ضروري لتحقق الحوالة بمعناها الصحيح ، كما سلف ، وكذلك رضا المحال ، بل عند الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) وجمهور شيوخ الحنفية ، هو ركن ركين من أركان عقدها . فعندئذ يتضح بصورة أتم معنى التعاقد على تبديل دائن بدائن وهو لازم على كل حال في أية حوالة مقيّدة بدَيْنٍ ، كما تقدم آنفاً (ر : ف/ ١٤٩) وسيجيء .

بعد ما تقدم يتضح أنه ليس فيما استدل به الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله ما يصلح دليلاً على نفي حوالة الحق في المذهب الحنفي ، فإن الحوالة المقيّدة عند الحنفية يتوافر فيها التعريف الذي ذكره لحوالة الحق ، وهو تبدُّل دائنٍ بدائنٍ .

ولكن من ينكر وجود حوالة الحق عند الحنفية قد يستطيع أن يجد لهذا الإنكار مستندًا آخر من تفقُّههم في التعليل والتفسير يتلخص فيما قرروه من أن نتيجة الحَوالة ترتّب دين آخر في ذمة المحال عليه (يطالبه به المحال ، ولا يملكه) مع بقاء الدين الأول في ذمته على مِلك المحيل كما كان قبل الحوالة . ثم إذا أدّى المحال عليه يصير دائناً للمحيل ومديناً ، فيحصل التقاصّ . وهو إيغالٌ في التكلف بعيد ، لا تدعو إليه حاجة : فإن تفادي بيع الدين بالدين – إن كان لا بد منه – ممكن بتقديرات فقهية كثيرة أخرى ، كما رأينا (ر :ف/ ٤٦ وما بعدها) . على أنه لا داعي أصلاً إلى محاولة هذا التفادي ما دامت الرخصة الشرعية قد ثبتت في الحوالة من طريق السنة الصحيحة ، مع تبادر أنها بيع دين بدين .

ولكن إن كان حتماً أن نفهم المذهب الحنفي على هذا النحو من التفسير الذي يقرره به جمهور فقهائه فإنه يستلزم التسليم بأن حوالة الحق لا وجود لها في الاجتهاد الحنفي السائد : لأن الدَّين الأول ما زال على مِلك المحيل ، لم يتبدَّل فيه دائن بدائن ، وأنّ الدَّين الثاني الحادث بالحوالة هو – في محله الجديد – دين المحال كما كان قبل الحوالة في محله الأول ، فلم يتبدَّل فيه أيضاً دائن بدائن ، سواء بعد ذلك قلنا إن المحال يملك الدين المحال به في محله الجديد ، كما عليه بعضهم ، أم لا ، كما عليه جمهور الحنفية رغم بعده وغرابته[1] .

---

(١) يلحظ في هذا المقام أن الاعتراضات التي توجه الى المذهب الحنفي ، سواء فيما يتعلق بوجود حوالة حق عند الحنفية وعدم وجودها ، أم فيما يتعلق بتعليلاتهم وتخريجاتهم لعملية الحوالة وما يترتب عليها بين أطرافها ، إنما يوجهها المعترضون على تقدير أن الحوالة نوع من البيع الذي يستلزم انتقال ملكية الثمن المبيع ، وأن حق المطالبة فرع عن انتقال الملكية . ومن ثَمّ يلوح شيءٌ من التعارض في موقف الحنفية من بعض النتائج التي يقررها غيرهم في الحوالة .

ولكن الواقع أن الحنفية كما سبقت الإشارة إليه بإيجاز في بعض المناسبات لا يرون الحوالة نوعاً من البيع تجري فيه أحكامه العامة كَمَلاً ، بل هي عندهم عقد مستقل شرع لغاية معينة يحتاج إليه التعامل ، وليس فرعاً من غيره ، ولكن فيه مَشابه من عقود وتصرفات أخرى في بعض نواحي موضوعه وغايته :

فالحوالة تشبه البيع (بيع الدين أو الحق) وليست ببيع ، وتشبه الكفالة وليست بكفالة ، وتشبه قبض الدين وليست قبضا ، وتشبه الوكالة بالقبض أو بالقضاء وليست بوكالة ، وتشبه ما يسمى بلغة العصر اليوم : فتح الاعتماد وليست به ، وفيها بعض سمات التبرع ، وبعض سمات المعاوضة الخ . . .

وقد أخذت الحوالة عند الحنفية أحكاماً متنوعة تتناسب مع تلك المَشابه العديدة فيها .

وبهذا الاعتبار يسهل تفسير كثير من أحكام الحوالة وتخريجاتها عند الحنفية مما يستغربه أصحاب نظرية البيع في الحوالة . =

١٥٣ - ملاحظة :

يتضح للمتأمل في جميع ما تقدم بيانه في هذا المطلب أن الحوالة المطلقة بحق لا تصح في جميع المذاهب ، ذلك لأن الذين يقولون بالحوالة المطلقة كالحنفية مصرحون باختصاص الحوالة المطلقة بالديون ، قالوا : بسبب ابتنائها على النقل الحكمي[1] . أما حوالة الحق فليس لها تصوير عندهم إلا في الحوالة المقيدة .

وقد نص جميع أهل العلم[2] على أن الحوالة لا تصح إلا بدين ، لا نعلم خلافاً ، إلا شيئاً محدثاً عرضنا له في الفقرة / ٤٦) .

المطلب الثاني
كون المال المحال به لازما

١٥٤ - يشترط في المال المحال به عند الحنفية أن يكون دَيناً لازماً . قياساً على الكفالة : بجامع أن كلاً من الكفالة والحوالة عقد التزام بما على مدين . فالأصل أن كل دَين تصح به الكفالة

= - فجواز الحوالة بالحق (في حالة الحوالة المقيدة) عند الحنفية ، رغم منعهم بيع الدين من غير من هو عليه ، مرده الى أن الحوالة ليست بيعاً محضاً عندهم .

- والرجوع على المحيل في حالة التوى مرده كذلك الى أنها ليست قبضاً حقيقياً ولا حكمياً ، ولو كان المحال عليه مديناً بالفعل حين الحوالة بما يفي بمبلغ الحوالة ومعترفاً به ، وذلك لبقاء مسئولية المحيل عن سلامة حق المحال . فهي أقرب الى بيع دون تسليم ، فيحمل فيه البائع تبعة الهلاك قبل التسليم .

- وامتناع مطالبة الدائن المحال للمحيل نتيجة لشبهها بالقبض خلافاً للكفالة التي هي عندهم توثيق محض .

- وعدم اشتراط مديونية المحال عليه للمحيل (الحوالة المطلقة) نتيجة لشبهها بالتزام الكفالة أو التزام التبرع وإن كان جمهور فقهاء المذاهب الأخرى يشترطون هذه المديونية ويرفضون الحوالة المطلقة بناء على نظرية البيع .

- وتخريج عملية الوفاء على أساس المقاصة المقدرة بين ما أداه المحال عليه وما كان عليه للمحيل مرده الى أنها تشبه الوكالة بقضاء الدين .

- وكون المحال لا يملك الدين الناشئ في محله الجديد (أي في ذمة المحال عليه) ولكنه يطالبه به إنما مرده إلى شبهها بالكفالة التي يطالب فيها المكفول له الكفيل المسئول ولكنه لا يملك شيئا في ذمته ، لعدم انتقال الدين المكفول اليها .

فإذا كانت الحوالة عند الحنفية هكذا عقداً مستقلاً ذا خصائص متعددة وليست في نظرهم بيعاً فمن الواجب عند البحث عن وجود حوالة الحق لديهم أن يبحث عن وجودها لديهم بهذا المعنى ، لا على أساس أنها نوع بيع من جميع الوجوه ، فإذا لم يتحقق فيها الملك البات الذي هو حكم البيع قيل بعدم وجود حوالة الحق لديهم . أفلا يرى أن حوالة الدين المتفق عليها لا ينتقل الدين فيها انتقالاً نهائيا عند الحنفية ، ولا يملكه المحال في محله الجديد ، بل تبقى على المحيل مسئولية عن سلامته تسوغ عندهم الرجوع عليه في حالة التوى لأن الحوالة ليست عندهم بيعاً للاختلاف كما أوضحنا . فاختلاف أحكام العقد بين نظرين تبعاً للاختلاف في طبيعته لا يستلزم أن ينفي أحد الفريقين وجود ذلك العقد عند الفريق الآخر .

والعقود المتعددة والمختلفة الأسماء الأصل فيها التغاير فيما بينها مالم يقم دليل في بعضها على أنه نوع فرعي من غيره . وهذا الدليل إذا قام في نظر البعض قد لا ينهض في نظر غيره من المجتهدين . ولكل عقد غاية شرع لأجلها تسد حاجة من حاجات التعامل في المجتمع . واختلاف اسم عقدين هو أول = الأدلة على المغايرة بينهما . ولينظر في هذه الناحية ما سبق أن أشرت اليه تحت الفقرة / ٥٣ في الحاشية / ١

هذا ما أراه في هذا المقام تحريراً لنظر الحنفية في طبيعة عقد الحوالة واستقلاله عن غيره من العقود ، وفي وجود حوالة الحق لديهم في صورة الحوالة المقيدة وإن اختلفت بعض أحكامها لديهم عما يقرره غيرهم لمن يعتبرونها نوع بيع محض يختص بالديون .

فمذهب الحنفية ، بناء على هذا التحليل ، أرحب وأخصب في نظرنا من الاجتهادات التي تلبس الحوالة ثوب البيع وتحصرها فيه وفي أحكامه ، لأن مذهب الحنفية في استقلال الحوالة عن غيرها من العقود يفسح مجالاً أمام الاجتهاد في تغليب بعض وجوه شبهها بالعقود الأخرى على بعض ، فيعطيها ، من وجهة الشبه الأبرز والأغلب عليها في نظره ، أحكاماً أغلب .

فإذا روئي أن شبهها بالبيع أقوى وأظهر من المشابه الأخرى فيها جعلت أحكام البيع فيها هي الأساسية الغالبة ، وكذا إذا روئي أن شبها آخر هو فيها الأقوى غلبت فيها أحكامه . ويبقى اختلاف النظر الاجتهادي في قوة الشبه قابلاً للتبدل والتطور بحسب الحاجة بتبدل الاجتهاد مع البقاء في إطار الفقه الاسلامي ، كما في عصرنا اليوم حيث نشأت أنواع الحوالات التجارية .

(محرر الموسوعة) .

(١) البحر ٢٧٦/٦ .

(٢) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ والفروع ٦٢٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ والبحر الزخار ٦٧/٥ ومتن النيل ٥١٤/٢-٥١٥ .

تصح به الحوالة وما لا فلا . ومن ثَمّ لا تصح الحوالة ببدل الكتابة الذي على العبد المكاتب ، وما يجري مجراه من كل دين ضعيف (ويسمى دَيناً غير صحيح) ، وهو الذي يسقط بغير الأداء والإبراء ، أي بعد ثبوته فيقطع استمرار وجوبه كبدل الكتابة ، إذ للمكاتب أن يعلن عجزه فيسقط دَين الكتابة من وقت إعلانه[١] .

ومقتضى ذلك ألاّ تصح حوالة الزوجة بنفقتها المفروضةِ ـ بالقضاء أو بالتراضي ـ غيرِ المستدانة ، لأنها دين ضعيف يسقط بالطلاق وبموت أحد الزوجين . لكنهم نصوا على صحة الكفالة بها استحساناً[٢] . ومن قواعدهم أن كل دين تصح كفالته تصح حوالته ، ما لم يكن مجهولاً[٣] . وإذن فتصح حوالة دين النفقة هذا ، بل وتصح بالنفقةِ غيرِ المفروضة ـ رغم أنها تسقط بمضي شهر ـ إذا تمت الحوالة قبل سقوطها ، وإلا فلا تصح ، لأنهم كذلك قالوا في الكفالة بها وأوَّلوا به قول من نَفَى صحة الكفالة بها ، معلِّلاً بأنها ليست دَيناً أصلاً .

أما مهر الزوجة فدَين قوي صحيح يَصْدُق عليه أنه لا ينقطع استمرار وجوبه إلا بالأداء أو الإبراء ، وإن أمكن أن يعرض له ما يبطل حكم العقد نفسه ، كالطلاق المنصِّف للمهر قبل الدخول[٤] فتصح الحوالة بالمهر بلا نزاع .

وأما دَين الزكاة فليس دَيناً حقيقة بالمعنى الخاص من كل وجه ـ ولذا لا يُستوفَى من تركة المتوفى ـ فلا تصح الحوالة به[٥] .

١٥٥ ـ ولا يوجد من يشترط شريطة اللزوم هكذا بإطلاق من فقهاء المذاهب الأُخرى عدا المالكية والزيدية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة[٦] .

ومما فرعه المالكية على هذه الشريطة أن الحوالة لا تصح بالدَّين الذي يستدينه العبد بغير إذن سيده ، لأن لسيده إسقاطَه ، ولا بالدَّين الذي يستدينه صبي أو سفيه ويصرفه فيما له عنه غِنىً ، لأن الوليَّ لا يُقرُّه[٧] .

والذي اعتمده الشافعية ، وجرى عليه الإمامية أن الشريطة هي أن يكون الدين لازماً ، أو آيلاً إلى اللزوم بنفسه : فاللازم هو الذي لا خيار فيه ، والآيل إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار[٨] ، لأن الأصل في البيع لزوم الثمن وإنَّ الخيار عارض في طريق اللزوم ، وبزوال العارض يعود الأصل تلقائياً . ثم بمجرد الحوالة بالثمن في مدة الخيار يبطل خيار الطرفين ، لأن تراضيَهما بالحوالة إجازةٌ للعقد الذي بُنيت عليه ، ولأن بقاء الخيار في الثمن ينافي اللزوم الذي في طبيعة عقد الحوالة[٩] .

وإن من الإمامية من يستظهر عدم انقطاع الخيار بالحوالة ، ثم إن حصل الفسخ بمقتضى الخيار

---

(١) ابن عابدين على الدر المختار ٢٦٣/٤ نقلاً عن البزازية والهندية . أما إذا كان المسقط الطارئ ينفي ثبوت الدين من أصله فإنه لاينافي قوة الدين ، كما في دين المهر حيث يسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه دين قوي ، إذ ينتفي بهذا الطلاق ثبوته منذ العقد كما في رد المحتار من المحل المذكور . (خبير الموسوعة)

(٢) مجمع الأنهر ١٢٣/٢ وابن عابدين على الدر المختار ٢٥١/٤ .

(٣) المجلة م/٦٨٨ .

(٤) ابن عابدين على الدر ٢٦٣/٤ ـ ٢٦٤ .

(٥) أبو السعود على ملا مسكين ٧/٣ ، وقد يمكن اعتباره ديناً ضعيفاً للسبب عينه .

(٦) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ والبحر الزخار ٦٩/٥ ومغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ والإنصاف ٢٢٥/٥ .

(٧) الخرشي على خليل ٢٣٣/٤ .

(٨) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ .

(٩) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ .

بطلت الحوالة . (ولبعضٍ منهم مناقشةٌ في هذا الإطلاق)[١] .

وعلى هذا فإن الجُعْل المشروط للعامل في الجعالة لا تصح الحوالة به عند الشافعية قبل تمام العمل ، لأنه لم يلزم بعد ، وقد لا يلزم قط ، ثم هو إذا لزم فليس لزومه بنفسه ، بل بواسطة العمل[٢] .

أما دَين الكتابة الذي يكاتَبُ عَلَيْه العَبْدُ ، فهذا لا يصير إلى اللزوم قط . وقد جزم الزيدية ببطلان الحوالَة به - كما فعل الحنفية - لظهور عدم لزومه[٣] . وجزم الإمامية بعكس ذلك ، أي بصحة الحوالة به[٤] . وكِلا الرأيين عند المالكية والشافعية ، إلا أن الترجيح مختلف :

- فالمالكية يرجّحون البطلان ،وهوبيِّنٌ بنفسه .

- والشافعية يرجّحون الصحة[٥] . وإنما حملهم على ذلك ما رأوا من تشوف الشارع إلى العتق ، وكون الحوالة بمنزلة الإيفاء ، وما لحظوا أيضاً من أن المال صائر إلى المحال هنا وهو السيد في جميع الأحوال ، سواء أعلن المكاتب عجزه قبل القبض أم لا : ذلك أن السيد إن قبض المال بالحوالة فذاك ، وإن منع قبضه بالحوالة تعجيز المكاتب نفسَه قبل هذا القبض ، فقد عاد العبد المكاتب قِنّاً ، والعبد وماله لسيده[٦] .

[أما تعليل الصحة بأن شريطة اللزوم متحققة في الحوالة بمال الكتابة (لا في الحوالة عليه) من جهة المحال (وهو السيِّد) والمحال عليه[٧] ففيه أن الشريطة هي اللزوم مطلقاً ، لامن جانب دون آخر ، ولا شك أن مال الكتابة دَينٌ غيرُ لازم من جهة المكاتب بل ولا يؤول إلى اللزوم بحال] .

أما الظاهرية والإباضية والكثرة الغالبة من الحنابلة فقد جَرَوا على عدم اعتبار هذه الشريطة أصلاً . ولذا فهم مصرِّحون بصحة الحوالة بمال الكتابة ، وبجُعْلِ العامل في الجعالة حتى قبل الشروع في العمل . ومنهم من يضيف إيضاحاً لوجهة نظرهم أن الحوالة بمنزلة الوفاء . وكذلك يجيزون الحوالة بالثمن في مدة الخيار ، بل هذا أولى لأنه آيِلٌ إلى اللزوم[٨] .

المطلب الثالث
كون المال المحال به او عليه يصح الاعتياض عنه

أ) - عن المال المحال به :

١٥٦ - اشترط الشافعية صحة الاعتياض عن المال المحال به ، ورأوا أنها تغني عن شريطة اللزوم أو الأَيلولة إليه. فما لا يصح الاعتياض عنه - كالمُسْلَم فيه ، وكُلٍّ مبيعٍ قبل قبضه ، ودَينِ الزكاة - لا تصح الحوالة به برغم لزومه[٩] .

[وينبغي أن يوافِق على هذه الشريطة كُلُّ من يذهب إلى أن الحوالة في الحقيقة عقد من عقود البيع ، إذْ هذا هو الأَساس الذي بُنيت عليه هذه الشريطة] .

(١) تذكرة الفقهاء ١٠٧/٢
(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٢٠٢/٢ والبجيرمي على المنهج ٢١/٣ والباجوري على ابن قاسم ٣٩٢/١ .
(٣) البحر الزخار ٦٧/٥ .
(٤) تذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ .
(٥) على خلاف ما كان يتوقع .
(٦) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ١٥١ .
(٧) البجيرمي على المنهج ٢١/٣ .
(٨) مطالب أولى النهى ٣٢٥/٣ - ٣٢٦ والمحلى ١٠٨/٨ والنيل ٥٣٥/٢ .
(٩) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ .

والمالكية ، وجماهير الحنابلة ، والزيدية ، والظاهرية ، يصرحون بهذه الموافقة ، كُلٌّ على طريقته[1] . وللإباضية موافقة جزئية صريحة ، إذ ينص أكثرهم على عدم صحة الحوالة بدَين السَلَم[2] .

ومما يستدل به لعدم صحة الاعتياض عن المُسْلَم فيه ما رواه أبو داود وابن ماجه من حديث أبي سعيد أنه صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » لكن قالوا إن في إسناده عطية بن سعد العَوْفي ، قال المنذري : لا يُحتجُّ بحديثه ، ويغني عنه النهي الثابت عن بيع ما لم يقبض[3] .

وقد نص بعض الحنفية على صحة ضمان المُسْلَم فيه[4] ، ومعنى ذلك صحة الحوالة به أيضاً ، إذْ من قواعدهم أنَّ كل دَين صحّ ضمانُه صحّت حوالتُه ما لم يكن مجهولاً . وصرح به السَرَخْسي في المبسوط[5] ، كما صرح به بعض الحنابلة تنزيلاً له منزلة الموجود لصحة الإبراء منه[6] .

لكن الشافعية وموافقيهم يُفرّقون في دَين السَلَم من حيث تصحيحُهم ضمانَه دون الحوالة به بأنَّ دَين السلم لا يصح الاعتياض عنه وأن الحوالة اعتياض لانها بيع بخلاف الضمان[7] .

وظاهرٌ أن كل من يجيز أخذ القيمة عن الزكاة ، لا يسلّم بهذا التعليل (عدم صحة الاعتياض) لمنع الحوالة بدين الزكاة ؛ فالذي لا يرى علة مانعة أُخرى يصرح بجواز الحوالة به ، كما فعل الشيعة الإمامية[8] .

ومن الشافعية أنفسهم من يصرح أيضاً بصحة الحوالة بدين الزكاة ، على أنها استيفاء لا بيعٌ[9] .

وقد قدمنا فيما سبق (ر : ف/ ١٥٥) أن الثمن في مدة الخيار تصح الحوالة به عند كثيرين ، ومنهم بعض شارطي هذه الشريطة ، كالشافعية والحنابلة ، مع أنه يمتنع على البائع إذا كان الخيار له أن يبيع الثمن في مدة الخيار ، بل هو لا يملكه أصلاً ، فشريطة صحة المعاوضة إذن منتفية فيه ، فكيف صحّت الحوالة به ؟ وهم يجيبون عادة بأنَّ الحوالة متسامَحٌ فيها استثناءً لأنها إرفاق كما تقدم[10] .

١٥٧ - ولاعتبارِ هذه الشريطة نصَّ المالكية - خلافاً لأشهب[11] - على امتناع أن يكون الدَينان (المحال به والمحال عليه) طعامين من بيع (سلم) . بل هم يقتصرون على هذا القدر في صياغة هذه الشريطة ، لأن الذي يمتنع عندهم بيعُه قبل قبضه إنما هو طعام المعاوضة لا غير . (ومقتضى هذه العلة أن تمتنع عندهم أيضاً الحوالة بدَين على دَين ، وأحدهما طعام

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٥ والبحر الزخار ٥/٦٧ والمحلى ٨/١٠٨

(٢) فإذا نحن طردناها في كل مالا يصح الاعتياض عنه كانت موافقتهم كاملة ، لاسيما وهم من القائلين بأن الحوالة بيع ، وان كان تعليلهم لايساعده . فقد عللوا عدم جواز الحوالة في دين السلم بأن في السلم ضيقاً لخروجه عن الأصل ، أي إنه استثناء من اصل يقتضى منعه ، فلا يتوسع في هذا الاستثناء (شرح النيل ٤/٦٢٧ - ٦٢٨) .

(٣) نيل الأوطار ٥/٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/٢٦٣ .

(٥) المبسوط ٢٠/٤٧ .

(٦) الانصاف ٥/٢٢٣ .

(٧) النهاية على المنهاج وحواشيها ٤/٤١٠

(٨) تذكرة الفقهاء ٢/١٠٧

(٩) نهاية المحتاج على المنهاج ٤/٤١١

(١٠) مغني المحتاج على المنهاج ٢/١٩٤
ولعل الجواب الصحيح أن هذا من قبيل التفريع على الأصل الآخر : أعني أن الحوالة استيفاء لا بيع (الأشباه والنظائر للسيوطي١٥١).

(١١) فقد أجاز أشهب الحوالة إذا اتفق الطعامان في سبب الاستحقاق من سلم أو غيره ، وتساوت رءوس الأموال أو الأثمان - وتكون عندئذ من قبيل التولية (بداية المجتهد ٢/٣٠٠ والتحفة لابن عاصم وحواشيها للعراقي ٢/٣٤) .

من بيع والآخر من قرض) . وهذا هو الذي قرره أبو الوليد بن رشد[1] وقد جرى عليه خليل في البيوع ، ولكنه جرى هنا في الحوالة على عدم امتناع هذه الصورة ، متى كان أحد الدَّينين حالاً - كما حكى عن مالك نفسه ، وعليه عامة أصحابه عدا ابن القاسم - ركوناً إلى قول ابن يونس : إن هذا هو الأصوب ، تغليباً لجانب الدين الآخر الذي ليس بطعام معاوضة . أما ابن القاسم فلم يصححها إلا بشريطة حلول الدَّينين كِلَيْهما فهو تنزيل للحول منزلة القبض[2] .

أمّا ابنُ حزم فإنه لما كان عنده أن كل ما يستحق بسبب البيع لا يجوز بيعه قبل قبضه - طعاماً كان أم غير طعام ، ثمناً كان أم مُثْمَناً - أطلق القول بمنع الحوالة بالدَّين الذي سببه البيع ، إلا أن تعمل فيه الحيلة : فيوكّل من عليه هذا الدين دائنه في قبض ما له على ثالث على أن يتملكه إذا قبضه ، فإذا فعل برئ المحيل ، وإن حال دون قبضه إياه مانعٌ ما رجع على المحيل بحقه ، أما إذا قبضه فعلاً وظل بيده إلى أن ضاع دون أن يتملكه ، فإنّ ضمانه يكون عليه ، لتعدّيه بترك تملكه[3] .

ب) - عن المال المحال عليه :

١٥٨ - الذين اشترطوا صحة الاعتياض عن المال المحال عليه هم الذين اشترطوا مثلها في المحال به ، فعلى ما هناك لا تصح الحوالة برأس مال السلم ، وعلى ما هنا لا تصح الحوالة عليه وكذا المسلم فيه ، وكل مبيع قبل قبضه ، ودين الزكاة[4] وإن كان عند الحنابلة في كل من ديْن السَّلَم المُسْلَم فيه ، ورأس ماله وجهٌ بصحة الحوالة عليه وبه[5] .

وواضح بناء هذه الشريطة على أن الحوالة بيع وقد فرغنا من ذلك قبلا (ر : ف/ ٤٦) .

ومن فروعها ما يقول صاحب تذكرة الفقهاء من الإمامية : «لو أحال الفقير المديون صاحب دينه بالزكاة على من وجبت عليه لم تصح ، لأنها لا تتعين إلا بالدفع إليه ، ولو قبل مَنْ وجبت عليه صحّت ولزمه الدفع للمحتال»[6] .

المطلب الرابع
كون المال المحال به أو عليه مستقرا

أ) - عن المال المحال به :

١٥٩ - الدَّين المستقر هو الذي لا يتطرق إليه انفساخٌ بتلف مقابلِه أو فَواتِه بأي سببٍ كان كتعذر المال المُسْلَم فيه في عقد السَّلَم .

فالمهر قبل الدخول وقبل الموت ، والأُجرة قبل استيفاء المنفعة أو قبل مضيّ المدة ، والثمن قبل قبض المبيع ، وما شاكل ذلك ، كلها ديونٌ لازمة يصح الاعتياض عنها ، ولكنها غير مستقرة لأنها عرضة للسقوط بفوات مقابلها ، كرِدّة الزوجة ، وموت الأجير أو المستأجِر ، وتلف المبيع فلا تصح الحوالة بها ، وبالأولى إذا اختلّت شريطةٌ أخرى ، كالثمن في مدة الخيار ، لانتفاء لزومه .

(١) وهو جدير بأن يمثل المذهب المالكي حقاً .
(٢) الخرشي على خليل ٢٣٥/٤ والتحفة لابن عاصم وحواشيها للعراقي ٣٤/٢
(٣) المحلى ١٠٩/٨
ويلاحظ عليه هنا أمران : (أولهما) أنه نص على جواز الحوالة بالمسلم فيه ، كأنه لايعتبره حقا ثبت من بيع . (وثانيهما) أنه - ولا بأس أن نتسلف هذا هنا - لم يمنع الحوالة على حق ثبت من بيع (المحلى ١٠٩/٨) فكأنه لا يعتبر المبيع في عقد الحوالة إلا المحال به فحسب ، ولايخفى ما في كِلا الأمرين من التحكم .
(٤) الرشيدي على النهاية على المنهاج ٧٨/٤
(٥) الفروع ٦٢٤/٢ والانصاف ٢٢٣/٥ .
(٦) تذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ (ر: ف/ ١٥٦) .

وهذه الشريطة يجزم بها الزيدية ، وكثير من الحنابلة وإن لم يكونوا جمهورَهم على أنَّ بعضهم يدعي أنه الأشهر عندهم(١) .

ب) – عن المال المحال عليه :

١٦٠ – لم يصرح باشتراط استقراره سوى الحنابلة أيضاً نقلاً عن نَصّ الإمام أحمد ، وفي التفريع على ذلك يقول ابن قدامة في المغني : « دين السَلَم ليس بمستقر ، لكونه بعُرْض الفسخ ، لانقطاع المُسْلَم فيه » ثم يقول : « لا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة ، لأنه غير مستقر ، فإنَّ له أن يمتنع من أدائه ، ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدَين غير دَين الكتابة ، لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات ، وإن أحال المكاتب سيده بنجمٍ (من بدل الكتابة) قد حَلَّ عليه صَحَّ ، وبَرِئت ذمة المكاتب بالحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وإن أحالت المرأة على زوجها بصَداقها قبل الدخول لم يصح ، لأنه غير مستقر ، وإن أحالها الزوج به صحَّ ، لأنه له تسليمه إليها ، وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وإن أحالت به بعد الدخول صَحَّ لأنه مستقر ، وإن أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وإن أحاله المشتري به صح ، لأنه بمنزلة الوفاء ، وله الوفاء قبل الاستقرار »(٢) .

ويلحظ هنا أن ابن قدامة في كلامه هذا يجري على عدم التفريق بين الدَين غير اللازم كمالِ الكتابة ، والثمنِ في مدة الخيار ، وبين الدَين اللازم غير المستقرِّ كدَينِ السَلَم ، والمهرِ قبل الدخول ، كما أنه جرى على عدم اشتراط الاستقرار إلا في الدَين المحال عليه دون المحال به ، فصحَّح إحالة الزوج لزوجته بمهرها قبل الدخول ومَنَع الإحالة منها عليه ، لأن له الإحالةَ به حيث يصح منه التسليم . ومع ذلك ففي الحنابلة من ينازع في اعتبار هذه الشريطة ، وحسبك أن المجد ابن تيميَّة في محرَّره لم يستثنِ من الديون التي تصح الحوالة بها وعليها سوى دين السَلَم – فمنع الحوالة به وعليه – ودين الكتابة – فمنع الحوالة عليه ، وصحَّحها به(٣) . وحتى هذا الذي استثناه مُنازَعٌ في منعه عندهم : فقد حكي صاحب الإنصاف صحة الحوالة بدَين السَلَم وعليه مطلقاً ، وبدين الكتابة وعليه بعد حلوله(٤) .

ويقول صاحب تذكرة الفقهاء من الإمامية : « وعلى ما اخترناه من صحة الحوالة (يعني على

---

(١) البحر الزخار ٥/٦٧ والفروع ٢/٦٢٥

ولا يظهر لهذه الشريطة وجه وجيه في المحال به ، مادام المدين يملك حق إيفاء دينه قبل استقراره ، كما سنرى في كلام ابن قدامة المقدسي الذي سننقله قريباً في المالِ المحال عليه ، وفي كلام ابن تيمية .

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٥٥ – ٥٦

(٣) الفروع وتصحيحه ٢/٦٢٥

(٤) الإنصاف ٥/٢٢٣ .

ولا يدرى وجه اشتراط الحلول في الحوالة على دين الكتابة وحده من بين سائر الديون ، مع أن حُلوله لايجعله لازماً .

وإن الشافعية – وبينهم وبين الحنابلة قرابةٌ فِكرٍ لاصقةٌ – حين يعرضون لهذه المسألة لايحفلون فيها بحلول ولا تأجيل، وليتأمل قول السيوطي في الأشباه والنظائر : « نجوم الكتابة في صحة الحوالة بها وعليها أوجه : احدها : الصحة ، بناء على أنها استيفاء ، والثاني : المنع ، بناء على انها بيع ، والاصح وجه ثالث : وهو الصحة بها ، لاعليها ، لأن للمكاتب أن يقضي حقه باختياره ، والحوالة عليه تؤدي الى ايجاب القضاء عليه بغير اختياره ، وفي الوسيط وجه بعكس هذا . والأوجه جارية في المُسْلَم فيه » (الأشباه والنظائر ١٥١) .

ولعله يعني جرَيان هذه الأوجه كلها أي الآراء الأربعة في المال المسلم فيه ، ولو مع اختلاف الترجيح فإن الأصح في المسلم فيه المنع مطلقاً ، فلا تصح الحوالة به ولا عليه وهو المعتمد عند الشافعية ، أو لعل اختياره هو التسوية بين هذه الديون في حكم الحوالة حتى في الترجيح على نحو ما ذكر ، وليس هذا ببعيد .

نجوم بدل الكتابة مطلقاً) لو أعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة إن كان السيد قد أحال عليه به ، لأنه بقبوله الحوالة صار المال لازماً عليه للمحتال ، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة »[1]

أما دَين المعاملة الأُخري الذي يكون للسيد على مكاتبه ، كأن يكون ثمن شيء اشتراه المكاتب منه ، فإن هذا دَين لازم من حيث كونُه معاملةً ، ولذاصرح ابن قدامة بصحة الحوالة عليه ، وأفاد بالتعليل صحة الحوالة به ، ونجد من أرباب المذاهب الأُخرى من يفعل مثل ذلك ، كما يُرى عند الشافعية والإمامية[2] . ولكن هنالك وجهة نظر أخرى لبعض الشافعية : إذ يرون أن دين المعاملة الأُخرى هذا هو كدين الكتابة تماماً من حيث إن العبد المكاتب قادر على إسقاط كل منهما بإعلان عجزه عن بدل الكتابة وعودته إلى الرق ، فما جدوى كونه لازماً من حيث إنه معاملة أخرى ؟ وإذن فلا تصح الحوالة به ولا عليه[3] . وهذا أشبه فى الحقيقة بمذهب الحنابلة إذ أكثرهم يشرط الاستقرار فى الدَين المحال عليه ، ومنهم من يشرطه أيضاً فى المحال به . ويعلّلون شريطة استقرار الدَين المحال عليه بأن مقتضى الحوالة إلزام المحال عليه بالدَين مطلقاً[4] .

(١) تذكرة الفقهاء ٢/١٠٧

(٢) البجيرمى على المنهج ٣ / ٢٢ وتذكرة الفقهاء ٢ / ١٠٧ .

(٣) نهاية المحتاج وحواشيها ٤ / ٤١٢ .

(٤) مطالب أولي النهى ٣ - ٣٢٥ . وواضح أن الذين لا يشترطون هذه الشريطة لا يسلّمون بهذه العلة (إلزام المحال عليه مطلقاً) ، بل ولا هى مما يتفق مع مقررات الحنابلة أنفسهم (ر : ف / ٢٨٢ و٢٩٣ و٢٩٥) ، وحسبهم اطلاق الحديث النبوى الوارد في الترخيص بالحوالة ، إذ يشمل الدَين المستقر وغير المستقر .

المطلب الخامس
كون المال المحال عليه ناشئا عن معاوضة مالية

١٦١ - وهذه الشريطة شريطة لزوم . فالذي يخالع زوجته على مال ، ثم يُحيل على هذا المال ، فتموت الزوجة ولو موسرةً قبل أن يقبضه المحال ، أو تُفلس - كما استظهروه - يكون للمحال الرجوعُ عليه بدَينه . هذه حوالة صحيحة ولازمة ابتداءً ، ولكنها قد تتحول عن هذا اللزوم كما رأينا . هكذا قرره ابن الموّاز من المالكية[5] .

المطلب السادس
كون المال المحال به أو عليه معلوما

أ) - عن المال المحال به :

١٦٢ - اشترط الحنفية هذه المعلومية وذلك لما في الجهالة من الغَرَر المُفْسِد لكل معاوضة ، والحوالة لا تخلو من معنى المعاوضة ، كما سلف . فلا تصح الحوالة بمجهول ، كالحوالة بما سيثبت على فلان[6] ، أو كما يقولون : بما سيذُوب عليه (من الذوب بمعنى الثبوت)[7] .

ولا نزاع في هذه الشريطة ، سواء قلنا : إن الحوالة اعتياض ، أم قلنا إنها استيفاء ، لأن المجهول يمتنع الاعتياض عنه لما فيه من الغَرَر ، كما يتعذر استيفاؤه وإيفاؤه لما يثيره من نزاع مشكل يحتج فيه كل من الخصمين بالجهالة احتجاجاً متعادلاً حتى

(٥) ولم نجده لغيره في أي مذهب آخر ، والمالكية أنفسهم مترددون في قبوله (ر : الخرشي على خليل وحواشيها ٤/٢٣٣) ولو قبل فليس منافياً للزوم العقد ، بل عقد الحوالة لازم مالم يوجد ما يقتضي التخيير فيه ، كعقد البيع فإنه لازم بعد مدة الخيار ، وقد يلحقه بعدَ ذلك خيارُ العيب مثلاً .

(٦) البحر ٦/٢٧٠

(٧) وقد تسهل الهمزة فيقال : ذاب عليه يذوب ، مثل قال يقول (مجمع الأنهر ٢/١٢٤ وابن عابدين على الدر ٤/٢٦٧) .

لو كانت على شخصٍ ما ديون كثيرة لا يعلم مقدارها ، فقال لدائنه : أحلتك على فلان بكل مالك عليّ ، لم تصح الحوالة ، إلا أن من الإمامية من أبدى في مثل هذه الصور احتمالا – قاله من عند نفسه – بصحة الحوالة ، ولكن لا يكون على المحال عليه إلاماتقوم به البينة قياساً على الضمان[1] .

١٦٣ – وكثيرون يحددون بوضوح كيف يكون المال معلوماً هنا . ومن هؤلاء الشافعية والحنابلة والإمامية ، إذ يقولون : « كل ما لا يصح السَلَم فيه لا تصح الحوالة به » : فهم إذن يشرطون معلومية قدره كمائة ثوب ، ومعلومية جنسه ، كقطن أو صوف ، ومعلومية صفاته التي تختلف باختلافها الأغراض اختلافاً بيناً ، أي صفاته الضابطة ، أوكما قالوا : « صفاته المعتبرة في السلَم » كالطول والعرض ، والرِقّة والصفاقة ، والنعومة والخشونة ، واللون ، وما إلى ذلك[2] .

وذلك يعني عدم صحة الحوالة بإبل الديَة ، لأنها لا تُعلم إلا بالسن والعدد وهذا لا يكفي لضبطها المعتبر في السَلَم ، وهذا هو الذي اعتمده فيها الشافعية وأبو الخطّاب من الحنابلة ، وإن كان هنالك من يقول بصحة الحوالة بها وعليها ، كما لو كان لرجل ، وعليه ، خمسٌ من الإبل أرشُ مُوضِحة[3] فيحيل بهذه على تلك – وإلى هذا ذهب الإمامية ، والقاضي من الحنابلة ، وهو قول للشافعي نفسه ، اكتفاء بالعلم بسِنّها وعددها ، فليس الضبط بالصفات المطلوبة في السَلَم إذن بحَتْمٍ ليتحقق معنى العلم بالمحال به ، ولحسم ما عساه ينشأ من نزاع يعتبرُ أقلُّ ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات . كما قرره القاضي من الحنابلة (وإن كان قياس كلام الشافعية في الضمان أن يراعى فيما وراء السن والعدد حال غالب إبل البلد)[4] .

وينص الإباضية على حالة تجزؤ الجهالة ، فيقولون : إذا علم بعض الدين وجهل بعضه صحت الحوالة فيما علم[5] .

ب) – عن المال المحال عليه :

١٦٤ – لم نجد في كلام فقهاء الحنفية تصريحاً باشتراط معلومية المال المحال عليه في الحوالة المقيدة ، كما هو موجود في المال المحال به ؛ ولكن قد توجد دلائل يستنتج من خلالها هذا الاشتراط[6] . ولكن يصرح الشافعية باشتراط معلومية الدينين (المحال به ، والمحال عليه) لدى المتعاقدين المحيل والمحال[7] .

المطلب السابع
كون المال المحال به أو عليه ثابتا قبل الحوالة

أ) – عن المال المحال به :

١٦٥ – صرح المالكية باشتراط ثبوت المال المحال به في الذمة قبل الحوالة . وفرّعوا عليه أنّه لا يصح أن يُسْلِف (يُقرض) شخصٌ آخَرَ نقوداً أو طعاماً مثلاً ، على أن يستوفِيَ المُسْلِف مِمّن هو

(١) تذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ ، ومعلوم الفرق بين البابين من هذه الناحية ، إن سلمت صحة ضمان المجهول .

(٢) وقد يجمعه كله تحديد المصنع الذي لا ينتج الا ما هذه صفته .

(٣) الموضحة : درجة من شجّ الرأس في الجنايات وهي التي تكشف العظم . (المصباح المنير مادة وضح) .

(٤) المهذب ٣٣٧/١ وحاشية الباجوري على ابن قاسم ٣٩٥/١ والمغني لابن قدامة ٥٧/٥ والفروع ٦٢٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٨/٢ .

(٥) شرح النيل ٦٢٧/٤ ولم يذكروا خلافاً مع أنها من مسائل تفريق الصفقة .

(٦) من هذه الدلائل أن تعليل الحنفية لشريطة المعلومية في المال المحال به « بأن المجهول يمتنع الاعتياض عنه لما فيه من الغرر » قد يفيد اشتراط المعلومية في المال المحال عليه كذلك .

(٧) نهاية المحتاج ٤١٢/٤ والبجيرمي على المنهج ٢٢/٣

مَدين للمستلِف بمثل ذلك ، إذ من الواضح في هـذه الحالة أن الدين المحال به لم يثبت إلا مع الحوالة في وقت واحد[١] .

لـكن في بعض كتب الإماميـة ما يفيد خلافهم في هذا؛ فقد طرح عندهم السؤال التـالي : إذا قال قائل لآخر : أقرضني ، وخذ عِوَضه من فلان ، ورضي ذلك الآخَرُ وفلانٌ هذا ، هل تصح هـذه المعاملة ؟ فأجاب صاحب العروة الوثقـى منهـم : نعم ، وهـي حوالة لِصِدْقِ اسمهـا عليها[٢] .

بل في كتب المالـكية أنفسِهم نَحْـوُ ذلك لبعضِ منهم[٣] . فابن الماجِشون – وهو بصدد الاستدلال لمـا ذهب إليه من صـحة الحـوالة على غير مَـدين ، كمذهب الحنفية – يقول : « إن الحوالة تلزم وإن لم تكن من أصل دين ، كما لو قال : بعْ منـه ثوبَك ، والثمن عليَّ » فلو سلم لابن الماجِشون أن هذا حـوالة بالثمن على القـائل لـكان متجـاوزًا الاستغناء عن هذه الشريطة إلى حيث يجيز الحوالة بدين مستقبل لم يثبت قبل الحوالة ولا وقتها . ولكنهم ردوا عليه كلامه بأنه يقيس حَوالة على حَمالة[٤] . وهناك جمـاعة من المالكية يصرحون ، ومعهم الإباضية ، بأن لا بـأس أن تكتريَ من رجل داره بدينٍ لك حالٍّ أو مؤجَّـلٍ على رجل آخر ، وتُحيلَه عليه في الوقت نفسه ،لكن ردوا عليهم أيضاً ، بعد تسليم الحكم ، بأن هذا بيـع دين بمنفعـة استعمل فيـه لفظ الحوالة تجوزًا ، وإنمـا يكـون حَوالة لو التزم كراءَ الـدار في الذمـة ، ثم أحيل بـه صاحبهـا برضاه عـلى ذلك الآخـر[٥] .

ب) – عن المال المحال عليـه :

١٦٦ – اشترط الباجي من المالـكية ، في شرحه على الموطأ المسمى بالمنتقى – ثبوت المال المحال عليه قبـل الحوالة ، وفرّع على هذه الشريطة أن المدين لو أحال على غير مدينه ثم أعطى المحال عليه ما يقضي بـه دين الحوالة ، فأفلس هذا أو مـات قبـل أن يقضي الدين ، يكون للمحال الحق في الرجوع على المحيل بدينه ، ثم يرجع هذا بدوره على المحال عليه بما كان أعطاه ، لـكن هذا هو حكم الحَمالَة عندهم ، وهذه الواقعة منهـا وإعطاؤه بعد ذلك ما يقضي به لا تتحول به هذه الحَمالة إلى حَوالة[٦] .

ولـكن الشافعيـة ينصُّون على خلاف هـذا .فقد قال الخطيـب في شرحه على المنهـاج المسمـى بمغني المحتاج : « فإن قيل : إن صحة الحوالة – أي بالثمن على المشتري – زمن الخيـار مشكل ، إذا كان الخيار للبائـع أو لهما (يعني البائع والمشتري) ، لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري ، أجيب بأن البائع إذا أحال فقـد أجاز ، فوقعت الحوالة مقارِنةً للمِلْك وذلك كافٍ » .[٧]

---

(١) الرهوني على خليل ٤٠٢/٥

(٢) فقه الإمام جعفر ٦٦/٤

(٣) حتى في مسألة الإسلاف المذكورة ، فقد صححها منهم الشيخ ابو إسحاق (الرهوني على خليل ٤٠٢/٥ – ٤٠٣)

(٤) المنتقى للباجي على الموطأ ٦٧/٥

(٥) الرهوني على خليل ٣٩٧/٥ وشرح النيل ٦٥٩/٤
وأيّاً ما كان فإن العبرة للدليل الذي يثبت الشريطة المطلوبة ، ولا يوجد هذا الدليل ولانرى أحدا من فقهاء الشريعة يقول ما يقوله رجال القانون الوضعي : من أن الحوالة صحيحة بالدين المستقبل ، لكنها لا تنفذ إلا بعد وجود الدين (الوسيط للسنهوري ٥٦٠/٣) إلا ما سبق ذكره عن ابن الماجشون حيث اشتبه عليه قول القائل : بع من هذا الرجل ثوبك ، وثمنه عليَّ » فظنه حوالة ، مع أنه ليس إلا كفالة ، عند مجيزي ضمان ما لم يجب ، وليس من الحوالة في شيء » (المنتقى على الموطأ ٦٧/٥ والمحلى ١١٧/٨) .

(٦) المنتقى ٧٠/٥

(٧) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢
وقد يقال : إن هذا لا يمثل خلافاً واضحاً ، فإن القبلية ممكنة التقدير مع المقارنة ، كما عهد في الفقه في غير ما موضع . فإذا كانت المقارنة كافية قدّرت القبلية أم لم تقدر – فشريطة مديونية المحال عليه مغنية عن هذه الشريطة .

المطلب الثامن
كون المال المحال به او عليه حالا

أ) - عن المال المحال به :

١٦٧ - لا تصح الحوالة بدَينٍ لم يَحِلَّ أجله بعدُ إلا إذا كان الدَّين المحال عليه قد حل ، إذ لو لم يحلَّ هو أيضاً فلا أقلَّ من أن يلزم بيعُ الكالئِ بالكالىء[1] وينضاف إليه محذورٌ آخر هو رِبا النَّساء ، إن جمَعَت الدَّينين عِلَّة رِبوية واحدة .

ويعتبر بدلُ الكتابة حالاً إذا بَتَّ سيد المكاتب عِتقه ، أي نجَّزه بعد الكتابة دون تعليق .

هكذا قرر المالكية هذه الشريطة بإطلاقها هذا ، على طريقة ابن القاسم . ومنهم من يستثني منها مالَ الكتابة - على القول الضعيف عندهم بصحة الحوالة به - نظرًا لتشوّف الشارِع إلى العتق - فتصح الحوالة به قبلَ حلول أجله مطلقاً ، وعليه سُحنون وابن عبد السلام[2] .

والإباضية أشدُّ تحريجـاً ، إذْ هم يشرطون حلول الدَّينين كِلَيْهِمَا ، ولا يكتفون بحلول أحدهما ويعلّلون ذلك بالفِرار من فسخ الدين قبل حلوله[3] . نعم إذا أجل الدين بعد حلوله صحت الحوالة به وعليه[4] وانظر للاجابة عن هذا (ف/ ٤٨ ب ، ٤٩ ب) .

عدم تأجيل الدين المال المحال به إن كان لقاصر :

١٦٨ - اشترط الحنفية أن يستمر حلول المال المحال به إن كان حالاً ، في الحوالة بمال القاصر وما شاكلها من كل ما تجب فيه رعاية الأصلح لصاحبه ، لأن الحوالة به إلى أجل إبراءٌ مؤقَّت فلا يجوز اعتبارًا بالإبراء المؤبد الذي لا يملكه الولي في مال القاصر ، وقد أطلق أبو يوسف هنا ، ولم يفصل تفصيل الإمام أبي حنيفة ومحمد بين الدَّينِ الواجب بعقد الأب أو الوصي ، فيجوز تأجيله ، والدَّينِ الواجب بغير عقدهما - كالإرث والإتلاف - فلا يجوز .(نقله في البحر عن المحيط) ثم قال : وكذا قبول الحوالة من المتولي أي (ناظر الوقف) فهي على هذا التفصيل[5] .

وهذه الشريطة ليست إلا تطبيقاً جزئياً للأصل العام ، الذي لا يختلف عليه ، في تصرفات الوليّ من أنها منوطة بالمصلحة (ر : ف/ ١٨٧) .

ب) - عن المال المحال عليه :

١٦٩ - اشترط الإباضية حلول المال المحال عليه مطلقاً ، أما المالكية ففي حالة ما إذا لم يكن الدَّين المحال به حالاً ، كما بيناه آنفاً في المحال به .

المطلب التاسع
كون المال المحال به او عليه مثليا

أ) - عن المال المحال به :

١٧٠ - الذين شرطوا هذه الشريطة هم الزيدية ، وقلة من فقهاء المذهبين الشافعي والحنبلي . بل من الشافعية والإباضية وغيرهم من يشترط خصوص الثَّمنية ولا يكتفى بمطلق المِثلية ، فلا حوالة على

(١) عبارة المالكية : بيع الدين بالدين ، وهي لاتستقيم ، وإلا لانتفت الحوالة كلها ، إذ الدين بعد حلوله لا يخرج عن كونه دينا والأفضل أن يقال : بيع الكالئ بالكالئ . ويعتذر عنهم الإباضية بتنزيل الدين الحال منزلة المقبوض (شرح النيل ٦٢٧/٤) .

(٢) الخرشي على خليل ٢٣٤/٤

(٣) شرح النيل ٤٢٣/٤

(٤) شرح النيل ٦٢٧/٤

(٥) البحر ٢٧٥/٦
فاذا كانت رعاية المصلحة تقتضي التأجيل - كما في زمان النهب والسلب - ماذا يكون حكمه ؟ لم أر لهم نصا ، والمنطق جوازه .

هذا الرأي الغالِـي إلا بالذهب أو الفضة ، أومايجري مجـراهما في التعامل النقدي[١] .

والمراد عند هؤلاء جميعاً بالمِثلية أن يكون الدَّين من جنس ما يـكال أو يوزن ويَضبطه الوصف ، كالنقود والحبوب والأدهان ، فلا تصـح الحـوالة بالقيميّ ، وهو ما خـرج عن هذا النمط كالثيـاب المتفاوتة ، والحيوان ، فقديثبت شيءمن غير المثليّ في الذمة ، كما لو بِيـع بوصف ، أو التُزم صَدَاقـاً أو بَدَلَ خُلْـع ، ولـكن لا يحـال به ، لأن المقصـود بالحـوالة الوصول إلى الحق دون تفاوت ، وهـذا لا يكون إلا في المثليـات[٢] .

ويمـكن أن يضاف إذن : أن الحوالة بالقيميّ حوالة بغير معلوم ، لأن تمام معلوميته متوقفة على تقـويمه والجهالة ممتنعة في الحوالة لأنهـا معاوضة[٣] .

ويُجيـب نفاة هذه الشريطة : بأن ماله صفـاتٌ ضابطةٌ ففي ضبطه بهـا بلاغ ، كما لا يجـادل في ذلك أحـد في باب السـلم ، وإذن يقـاس القيمي المنضبِط على المثليّ ما دام كلاهما دَينـاً في الذمّة لـه صفات تضبطه تضاف إلى معرفـة النوع والقـدر : كالثياب، والـدوابّ ـ على مـا فيهـا من الخُلْف المعروف ـ والصوف ، والقطن ، والشعر ، والأخشاب ، والأحجـار ، والحـديد ، والرصـاص ، والبـلّور ، والزجـاج والفخّـار[٤] ـ والوَرَق ، والـكتب (أي المطبوعة الجـديدة) وحروف الطبـاعة ، وآلاتهـا : ما دامت ذاتَ صفـاتٍ ضابِطـةٍ كإنتـاج مصنـع بعينـه أو مطبعة معلومة : بل لمجتهـد أن يعتبـر هذه الأشيـاء الأخيـرة حينئذ من قبيـل المثليّ الذي لا تفاوت فيه يُذكر .

ب) ـ عن المال المحـال عليـه :

١٧١ ـ اشترطوا مِثلية المال المحال عليه ، لأن المثليّ هو الذي يمكن إيفاؤُه عن الدَين المحال به ، دونتفاوت يذكر . وهذا هو المقصود بالحوالة ، فتصح الحوالة على النقود والحبوب وما شاكلهما ، لاعلى القيميّات كالثياب والحيوان ، إذ لا تُماثِل المحالَ به بحـالٍ .

وهـذه الشريطة تؤخذ من اشتـراط تسـاوي دَين الحوالة عند الزيدية مع اشتراطهم مثلية الدين المحال به ـ ومعهم على ذلك بعض الشافعية والحنابـلة كما سلف (ر : ف / ١٧٠) .

والجـواب يُعلم مما هناك : فكما يمكن استيفاءُالشيء المضبوط بصفات لاتختلـف بها قيمته وإن لم يكن مثلياً ، يمكن إيفاؤُه كذلك قياساً على المُسْلَم فيـه[٥] .

---

(١) مغني المحتاج على المنهـاج ١٩٤/٢ ونهاية المجتهد ٢٩٩/٢ وشرح النيل ٤٢٢/٤

(٢) نهاية المحتاج على المنهاج ٤١١/٤ والفـروع ٦٢٣/٢

(٣) البحر الزخار ٦٨/٥

(٤) المهذب ١ـ٣٣٧ و ٢٩٧ والمغني لابن قدامة ٥٧/٥

اقول : إن المذهب الحنفي لا يقتصر في تحديد المال المثلي على المكيل والموزون بل يضيف إليه المعدود المتقارب كالبيض والجوز ، والمذروع المتماثل الأجزاء كالمنسوجات القطنية = والصوفية اليوم . فالمثليّ عندهم كلّ ما تضبطه هذه المقاييس الأربعة (الكيل والوزن والعدّ والذرع) بحيث لا تتفاوت أفراده تفاوتاً يعتد به في الوفاء ، بل يحل كل فرد منه محل الآخر دون فرق يذكر ، حتى إن البطيخ إذا كان العرف على بيعه بالعدد كان قيمياً لتفاوت أفراده حجماً وإذا بيع بالوزن كان مثلياً ، وعلى هذا تكون معظم الأنواع التي ذكرت أعلاه من ورق وقطن وزجاج وحديد الخ . مثلية ، وقـد أوضحت بمالا مزيد عليه نظرية المثلية والقيمية في كتابي (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) ج ٣ في الفقرات/٨٢ـ٩٩ (خبير الموسوعة).

(٥) وإذنْ فلينتبه الى أن شريطة العلم فيها الكفاية ، لأن ما ليست له صفات ضابطة يدخل في عِداد المجهول مهما أُبدي في وصفه وأعيد ـ كالأحجار الثمينة (الجواهر) من نحو لؤلؤ وعقيق وياقوت وفيروزج ومرجـان ، وما أنضج بالنار كالخبز والشواء ، لأن عمل النار وصفاء الجواهر ـ وكلاهما مؤثر في القيمة ـ لا يمكن ضبطه بالوصف . (المهذب ٧/١) .

المطلب العاشر
كون المالين متساويين جنسا وقدرا وصفة

١٧٢ ـ لم يشترط الحنفية التساوي بين المالين المحال به والمحال عليه في الحوالة المقيدة جنساً أو قدرًا أو صفة وإنما الكلام في اشتراط ذلك يجري على غير مذهبهم .

أ) ـ عن المال المحال به :

١٧٣ ـ المراد بالصفة ما يشمل الجَودة والرداءة ، والحلُول والتأْجيل ، وقَدْر الأَجل ، لا صفة التوثُّق برهن أو ضمان ، بل هذه تسقط عن كِلا الدينين بمجرد الحوالة ، لأنها بمثابة القبض ، وسيجيء في هذا مزيدُ بيان (ر : ف/٢٠٧وما بعدها)[١] فلا تصح الحوالة بنقود فضية على ذهبية ، أو ذهبية على فضية ، ولا بقمح على شعير ، ولا بضأْن على معزٍ ، ولا عكسه ، ولا بخمسة أثواب مثلا على عشرة ، ولا بعشرة على خمسة (نعم إذا كان له عشرة على آخر ، فأَحال على خمسة منها بخمسة صحت الحوالة لتحقق الشريطة) ولا بالمغشوش على الخالص ولا بالخالص على المغشوش ولا بحالٍّ على مؤجل ، ولا بمؤجل على حالٍّ ، ولا بمؤجل إلى شهر على مؤجل الى شهرين ولا عكسه .

ولكنها تصح بمائة دينار ذهبية من نقودِ بلدٍ بعينه ، أو مائة إردب من القمح الهندي ، أو مائة شاة من الضأْن التركي مضبوطة الوصف سِنّاً ولوناً ـ وما إليها ـ على مائة مثلها ، والدَّيْنان حالّانِ ، أو مؤجَّلان إلى أَجَل واحد كسنة مثلاً .

والحكمة في اشتراط هذه الشريطة ، أن الحوالة ـ سواء جرينا على أنها معاوضة أو ليست بمعاوضة ـ عقد إرفاق يقصد به الإيفاء والاستيفاء ، لا الاسترباح والاستكثار ، فلو أُذن بالتفاوت فيها لتبارى المتعاملون بها ، كل يريد أن يغبن الآخر ، ويصيب منه أكثر مما يترك له ، وهذا خلاف موضوعها . ثم بالنسبة إلى من لا يشترطون رضا المحال ، كيف يعقل إجباره مع اختلاف الدينين ؟

ومبالغةً في اتقاء التفاوت مَنَع القاضي أبو الطيب من الشافعية صحة الحوالة بأَلفٍ على شخصين ، كلٌّ منهما مَدين للمحيل بأَلفٍ على التضامن ، على أن يطالب المُحَال أَيَّهما شاء ، وعلل المنع بأَن المحال يستفيد زيادة في المطالبة ، إذ كان قبل الحوالة يطالب واحدًا ، فصار بعدها يطالب اثنين . وإن كان الشيخ أبو إسحاق من الشافعية أيضاً يخالفه ، ويصحح هذه الحوالة ، لأَن المحال ، مهما استفاد من زيادة مطالبة ، فلن يأْخذ إلا قَدْرَ حقه ، وما يزال المتأَخرون من الشافعية متأَرجحين بين هذين الرأْيين : فَبَيْنا يصحح البلقيني والسبكي الأَول ، يأْخذ الرملي الكبير بالثاني[٢] .

هكذا قرر الشافعية هذه الشريطة ، وَفْقَ ما استقر عليه المذهب ، وإن كان منهم من ينازع في شريطة التساوي في الصفة إذا كان التفاوت لمصلحة المحال ، لأَن المحيل إذَنْ متبرع بالزيادة على سبيل إحسان القضاء[٣] وجوابُه : أنها زيادة على أَية حال ، ولا معنى للتفرقة بين التفاوت في الوصف ، والتفاوت في القدر أو الجنس .

---

(١) نهاية المحتاج على المنهاج ٤١٣/٤ والبجيرمي على المنهج ٢٢/٣

(٢) ونحن إذا راعينا أن لارجوع على المحيل بالتوى عند الشافعية ، لا نرى بُدّاً من التعويل على ما قاله القاضي أبو الطيب في المنع (نهاية المحتاج ٤١٢/٤ وفتاوى السيوطي ١٦٧/١)

(٣) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٥/٢

١٧٤ - وهـذه الشريطة يقررها أيضاً الحنابلة ، والظاهرية والزيدية ، والشيخُ وأتباعه من الإمامية ، وكذا المالكية وأكثر الإباضية ، باستثناء ما تفردوا به من اشتراط حلول الدين (ر : ف/ ١٦٧) ، وما تفرد به المالكية من أن محل المنع عند الاختلاف بالجَودة والرَداءة أو القلة والكثرة إذا لم يقبض المحال من المحال عليه قبل تفرقهما [١] .

وهؤلاء جميعاً يحاذون الشافعية في تقريراتهم الآنفَة الذكر ، حتى إن الخلاف فيما إذا كان التفاوت لمصلحة المحال ينص الحنابلة والزيدية على بقائه كما هو [٢] ، وإن كان المالكية يعكسون الموقف : فيمنعون التحول على الأعلى صِفةً أو الأكثر قَدْرًا ، قولاً واحدًا ، ويترددون ويختلفون في التحول على الأدنى أو الأقل [٣] .

وينص المالكية على أنْ لا خلاف في صحة الحوالة مع التفاوت في القَدْر ، إذا وقعت بلفظ الإبراء من الزيادة والحوالة بالباقي ، كما لو قال الدائن بألف : أبرأتك من ثلاثمائة ، وأحلني على مدينك فلان بالباقي ، فيقول : أحلتك [٤] وهذا واضح جدّاً .

كما ينص الإباضية على أن الحوالة تصح بدَين على أقلّ منه ، ولكن تقع على قدر الأقل فقط كما إذا أُحيل الدائن بعشَرَة على خمسة ، فتصح في خمسة وتبطل في الباقي ، وكذا لو أُحيل بدَين على دَين آخر مساوٍ وبعضُه مخالف ، فتصح بمقدار المساوي فحسب . كما إذا أُحيل بمائة دينار على دين مؤلف من خمسين دينارًا وعشرة أثواب : فإن الحوالة تصح بخمسين دينارًا وتلغو فيما بقي [٥] . ولكن هذا التفريع لا يتم إلا بناء على تسليم أصل آخَر ، أعني اشتراط مديونية المحال عليه ، ولذا نص من لا يسلمه على خلافه [٦] بل إنه على تسليم الأصل المذكور ينبغي تخريج الجواب في المسألتين ، على أحد رأيين في تفريق الصفقة : أن البطلان فيها يقتصر على الجزء ولا يسري إلى الكل ، وقد صرح بذلك شارح النيل من الإباضية . والرأي الآخر هو سَرَيان البطلان إلى الكل وهو الصحيح عندهم ، لأن الحوالة تقتضي المساواة ، وإلا خرجت إلى المحظور من بيع الدين بالدين .

هذا ، وإن للصحة على القول بها - حيث اجتمعت المماثلة والمخالفة - وجهاً آخر : هو أن تصح الحوالة في المماثل والمخالف جميعا ، ثم يجري تقويم المخالف أو يستبدل به مماثل [٧] وقد تقدم نقل الحكم في المسألة الأولى عن المالكية على خلاف ما قاله الإباضية آنفاً ، إذ يكون العقد عندهم حوالة في مقدار الدين ، حمالة فيما زاد (ر : ف/ ٤٥) وعليه بعض الإباضية أيضا ولكن جمهورهم لم يرضوه ، لأن العقد مقصود به الحوالة ، لا الحمَالة [٨] .

فإذا كان دين الحوالة حالاًّ ، وشرط على المحال تأجيله كُلاًّ أو بعضاً لم تصح الحوالة عندهم

---

(١) الخرشي على خليل ٤/٢٣٥ والمحلى ٨/١١٠ والنيل ٢/٥٣٦

(٢) الانصاف ٥/٢٢٧ والبحر الزخار ٥/٦٩

(٣) الخرشي على خليل ٤/٢٣٥ والتحفة وحواشيها للعراقي ٢/٣٤ ، مع غض النظر عما لبعضهم من مخالفة في التعليل ، قد تنبو بها طبيعة الحوالة وبناؤها على التسامح كما في بعض تعليلات المالكية ، او تنبو بها طبيعة الفقه الصحيح نفسه كما في تعليلات ابن حزم حيث علل (عدم جواز الحوالة في دين مؤجل على دين مؤجل إلى أبعد من أجله أو أقرب) بأن في ذلك « إيجاب تأجيل حالّ ، أو إيجاب حلول مؤجل ، وهذا لم يوجبه نص ولا إجماع » (ر : المحلى ٨/١١٠ مسألة ١٢٢٨)

(٤) الخرشي على خليل ٤/٢٣٥

(٥) النيل ٢/٥٣٦

(٦) تذكرة الفقهاء ٢/١٠٨

(٧) شرح النيل ٤/٦٣٦

(٨) شرح النيل ٤/٦٣٥ وهي ملاحظة جديرة بالقبول حيث يوجد هذا القصد .

ويعللونه بعلتين ، أولاً : لأن الحال لا يتأجل ، وثانياً : لأن هذا المشروط (أي التأجيل) مجرد وجوده عند العقد ينافي صحته ، فكذلك شرطه[1] . ولم يذكروا هنا الخلاف في الشرط المنافي لمقتضى العقد ، ومن الآراء فيه بطلان الشرط وصحة العقد ، وفي هذا دلالة على أنهم يرون أن هذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد فحسب ، بل ولطبيعته ومقصوده أيضاً ، من التوفية دون تفاوت .

١٧٥ - أما الكثرة الغالبة من الإمامية ، وقلة قليلة من الإباضية ، فمع الحنفية في عدم اشتراط هذه الشريطة ، ولذا ينص الإمامية على أنه لا مانع أن يكون الدين المحال به من جنس والمحال عليه من جنس آخر : كفضة على ذهب ، وشعير على قمح ، ونقود على أرز ، وثياب على بيض ، سواء بعد ذلك أكانت الحوالة استيفاء أم اعتياضاً ، وسواء حصل التقابض في مجلس العقد أم لم يحصل ، في الربويّات وفي غيرها ، لأنها ، حتى مع اعتبارها معاوضة ، ليست على سَنَن سائر المعاوضات[2] .

وهم يشيرون كذلك إلى صحة الحوالة من مدين على مدينين له متكافلين فيستوفي المحال من أيهما شاء لقيام المقتضي وانتفاء المانع ، إذ زيادة الارتفاق في التحصيل - وهي التي أنشأتها الحوالة - ليست سوى زيادة توثّق تعطي المحال تخييرًا في المطالبة فتزيده ارتفاقاً كما لو وقعت الحوالة على أملأ من المحيل وأحسن قضاء ، والإجماع على صحة هذه الحوالة الأخيرة على الأملأ ينفي اعتبار زيادة التوثق مانعا ، ويقتضي أن ليس كل ارتفاق بالحوالة ممنوعاً .

على أن التخيير في المطالبة غير مسلَّم عند جماهير الإمامية ، إذ الضمان (الكفالة بالمال) عندهم[3] ليس ضم ذمة إلى ذمة ، بل نقل الدين من إحداها إلى الأخرى ، فبمجرد الضمان يبرأ المضمون عنه . وتكون نتيجة تضامن المدينين في مسألتنا انتقال دين كل منهما إلى ذمة الآخر ، فيسقط عن كل منهما دينه الأصلي ، ويصبح مديناً بما كان على صاحبه دون تضامن بينهما[4] .

ويناقشون القول بأن الدين المحال به إذا كان حالاً فإن تأجيله لا يلزم ، قائلين : إن ذلك مسلَّم إذا كان التأجيل مجرَّد تبرع منح به الدائن أجَلاً للمَدين ، أما إذا كان شرطاً في عقد لازم كالحوالة فلا مفرَّ من لزومه ، لأن المتعاقدين هكذا تعاقدا ، وعلى هذا تَصِحُّ الحَوَالَة المؤجَّلة بطريق التشارط ولو كان ديناها حالّين ، وكذا الحوالة الحالّة ولو كانَ دَيناها مؤجَّلين فالمسلمون عند شروطهم[5] ، وإن شئت فراجع مذهب الحنفية (ر : ف/ ٥٩) .

١٧٦ - ولكن كيف يكون الوفاء عند هؤلاء مع اختلاف الدَّينين ؟ يرى بعضهم أن أساس صحة

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٥/٥٥

أقول : لعل السبب في المنع هو تأديته إلى ربا النسيئة .

(خبير الموسوعة)

(٢) الروضة البهية ١/٣٦٧

(٣) الضمان في اصطلاح فقه الإمامية له استعمالان ، (الأول) : بمعنى التعهد مطلقاً بالأموال أو بالأبدان ، فيشمل الحوالة والكفالة ، (والثاني) : بمعنى التعهد بالمال خاصة .

أما الكفالة في اصطلاحهم فتقتصر على التعهد بالنفس ، أي التزام إحضار إنسان مكفول ، وهو المسمى في اصطلاح غيرهم : كفالة بالنفس (الروضة البهية ١/٣٦٢ و٣٦٨ و٤/١١٣ و١٥١)

فالمراد بالضمان عندهم في سياق هذا البحث إنما هو الكفالة بالمال عند غيرهم كما فسرناه بين القوسين .

(٤) الروضة البهية ١/٣٦٧ - ٣٦٨

ويلحظ في هذا المقام أنه يترتب على ان الضمان ينقل الدين عند الإمامية ، استحالة التضامن عندهم ، وقد نصوا على ذلك صراحة (تذكرة الفقهاء ٢/٩٦) .

(٥) تذكرة الفقهاء ٢/١٠٨

الحوالة ، مع اختلاف الدينين ، هو أن يشترط في عقدها على المحال أن يستوفي المخالف ، أو على المحال عليه - مع اشتراكه في العقد - أن يوفي المماثل ، وإلا فلا تصح ، إذ لا يلزم المحال عليه تسليم غيرِ ما عليه فكيف يقع العقد على هذا ، وهذا هو الذي جرى عليه صاحب الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية من الإمامية[١] .

ويطلق الآخَرُون القول بالصحة ، ثم يقولون : إذا تراضي المحال والمحال عليه فيما بعد على شيء فذاك وإلا فإنه يرجع إلى التقويم : فيقوَّم ما على المحال عليه ، كُلّاً أو بعضاً ، بمقدار دَين الحوالة ؛ فإن كانت لا تفي به قيمةُ كل ما على المحال عليه رجع المحال على المُحيل بالباقي[٢] ، وإذا تمت الحوالة على الصحة بدينين متساويين على النحو الذي شرطه الجماهير ، ثم إن المحال والمحال عليه تراضَيَا على الوفاء بما هو أجود من المستحَقّ ، أو أردأ منه من جنسه ، أو بعِوَض عنه من غير جنسه ، أو على تعجيل أو تأْجيل - فذلك لهما ، قياساً على القرض لاستقرار الملك في كُلٍّ ، إذا روعيت شريطة القبض في جانب الرِبَويات - كما دل عليه حديث ابن عمر عند الترمذي وغيره ، وصححه الحاكم على شرط مسلم ، على ما في تصحيحه من نظر (ر : ف/ ١٣٥) ونصه : « كنت أبيع الإبل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال : « لا بأْس إذا تفرقتما وليس بينكما شيءٌ » يعني من عقد الاستبدال اللاحق بقرينة رواية أخرى .

(١) الروضة البهية ١/ ٣٦٦ - ٣٦٧

(٢) تذكرة الفقهاء ٢/ ١٠٨ وشرح النيل ٤/ ٦٣٢

بل يكفي رضا المحال في حالة استيفاء أنقص ورضا المحال عليه في حالة استيفاء أزيد لأن هذا حسن قضاء ، وذلك إبراء .

ويختلف أهل العلم هنا في ناحيتين : (أولاً) في اشتراط القبض في الربويات ، فإن الإباضية لا يشترطونه ويقولون : ليس هذا الاعتياض ببيع ، ولا يسميه أحد باسمه[٣] .

(وثانياً) فى الاستعاضة نفسها بين الدينين : فقد أطلق القول بمنعها طائفة كبيرة ؛ منهم كثير من الحنابلة . وابن حزم الظاهري على خلاف بين الظاهرية أنفسهم - إلا فى حالة الظَفَر حين يَظفَر الدائن بمالٍ للمَدين وكان لا يقدر على استخلاص حقه منه - لأن تلك الاستعاضة هي من قبيل بيع ما لم يُقبض[٤] وهو منهيٌ عنه بالنص .

وفي مسألتنا هذه (أي مسألة وفاء المحال عليه بمال آخَر) ينص الحنفية على منع الاستبدال في بدل الصرف والسَلَم ، وفي الوقت نفسه يجيزون الحوالة به ، لأنهم - في الرأي السائد عندهم - لا يعتبرون الحوالة بيعاً ولا قبضاً ، فليس فيها اعتياض عن بدل الصرف أو السلَم قبل قبضه . فإذا أحيل به وتمت الحوالة والوفاء فى مجلس الصرف أو السلم فقد توافرت شريطة التقابض فيهما في المجلس[٥] .

[وللشافعية في استنباط حكم هذه المسألة تردد ، لأنه لا نص فيها عن الشافعي ولا عن قُدَماء أصحابه : فإن الإسنوي من متأخريهم يقول : وفي الدين الثابت بالحوالة نظر ، ويحتمل تخريج

(٣) سلك الدرر للسيابي ٢/ ١١١ و ١١٢

(٤) المحلى ٨/ ٧٩ والفروع ٢/ ٦٢٦ ومطالب أولي النهى ٣/ ٣٢٥ .

(٥) المبسوط ٢٠/ ٤٧ / ٤٨ .

الحكم على أن الحوالة بيع أم لا ، ويحتمل أن ينظر إلى أصله وهو المال المحال به ، فيُعطى حكمَه . ويعلِّق الخطيب قائلاً : « والثاني أوجَهُ »[١] ونتيجة ذلك الترددُ بين الاحتمالات الثلاثة التالية :

١) ـ منع الاستبدال عن دين الحوالة مطلقاً ، لأنه بيع ما لم يُقبض .

٢) ـ تجويزه مطلقاً ـ لأنه بدل قرض قد سبقه قبض من المحيل مقدَّر ـ على أن يشترط قبض العوض في مجلس الاستبدال عند اتحاد علة الربا .

٣) ـ اعتبار الدين في ذمة المحال عليه بحالته الأولى عندما كان فى ذمة المحيل : فإن كان مبيعاً ، أو عوضاً عن موافق له في علة الربا ، كما في الصرف وبيع الطعام بالطعام ، أو رأس مالِ سَلَمٍ على المعتمد عندهم ، لم يجز الاستبدال . وإن كان ثمناً من نوع آخَر ، أو ديناً من غير بيع ، أو رأس مالِ سَلَمٍ ، على قولٍ آخَر جاز الاستبدال عنه . ثم إن استُبدل عنه ما يوافقه في علة الربا اشتُرط قبضُ البدل في مجلس الاستبدال[٢] .]

ب) ـ عن المال المحال عليه :

١٧٧ ـ سلف الكلام في هذه الشريطة بالنسبة للدَّين المحال به ، وهو بعينه الكلام هنا فلا حاجة إلى إعادته ، بَيْدَ أنه ينبغي التنبيه هنا على أن هذه الشريطة تُفسَّر في كلام بعض الشافعية بالمساواة في الواقع ، وفي اعتبار المتعاقدين (المحيل والمحال) ـ أي في رأيهما ومبلغ علمهما ـ ومعنى ذلك أنه إذا تساوى الدينان في الواقع ونفس الأمر ، ولكنهما جَهِلا هذا التساوى أو جَهِله أحدُهما فالحوالة باطلة ، وكذلك تكون الحوالة باطلة إذا اعتقد التساوى ولا تساويَ فى الحقيقة[٣] .

ويزاد على هذين المحال عليه أيضاً ، عند من يعتبر رضاه لازماً ممن يشترطون هذا التساوى بين الدَّينين كجمهور الإباضية .

ويصرح الإباضية بأنه : « لا يشترط علم المحال بما على المحال عليه ، إلا أنه يُعلَم بما أُحيل به فيقبضه منه »[٤] . ومعنى هذا أنه لا يشترط علم المحال بجملة الدَّين الذي للمحيل على المحال عليه بعد أن يكون المحال قد علم بدخول مقدار دين الحوالة في هذه الجملة ، وهو محمل كلامهم لا يسوغ خلافه كما يشعر به أيضاً اشتراطُهم كونَ المحال عليه مديناً للمحال ، وأن يتساوى في الحوالة ديناهما ، كما علمناه (ر : ف / ٦٢ و ١٧٤) .

المطلب الحادى عشر
قبض المال المحال عليه

(إن كان رأس مال سلم أو رِبَوياً يوافق المحال به فى علة الربا) .

١٧٨ ـ صرح الحنفية باشتراط قبض المال المحال عليه إن كان رأس مال سلم أو ربوياً يوافق المحال به في علة الربا ، ونص عبارة السرخسي في مبسوطه : « ولأنه (أي دين الحوالة) يثبت في ذمة المحتال عليه على الوجه الذي كان في ذمة المحيل ، حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال به

---

(١) مغني المحتاج على المنهاج ٢/٧١ .

(٢) وهذا الأخير ناظر إلى طريقة الحنفية كما ترى ، ولا يبلو ـ برغم ما قاله الخطيب ـ مما يتفق مع أصول الشافعية ، سواء أكانت الحوالة عندهم بيعا أم استيفاء .

(٣) نهاية المحتاج على المنهاج ٤/٤١٢ والبجيرمي على المنهج ٣/٢٢. وعلى هذا التفسير تغني هذه الشريطة عن شريطة العلم بكِلا الدينين ، لأن العلم بالتساوي يستلزم العلم بالمتساويين .

(٤) شرح النيل ٤/٦٢٧ .

مع المحتال عليه ، كما لا يجوز مع المحيل ، ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحال عليه »[١] . ولم يذكر المالكية القبض هنا في حوالة الطعام على الطعام ، لكنهم نصوا على ضرورته في حالة الصرف خاصة وعبارتهم في عقد حوالته : « لا بد من القبض قبل افتراق كلامهم ، وقبل طول مجلسهم ، وإلا فسد »[٢] .

ولم يتردد الشافعية ولا الإمامية – وهو الذي اعتمده الإباضية – في رفض هذه الشريطة ولو في الربويات لأن المعاوضة في الحوالة – بعد القول بها – ليست على سَنَن سائر المعاوضات . وهذا الذي اعتمده الإباضية أيضا . ونص عبارة الشافعية كما يلي :

« هي (أي الحوالة) بيع دين بدين جوِّز للحاجة ، ولهذا لم يعتبر التقابض في المجلس ، وإن كان الدينان ربويين »[٣] .

أما في رأس مال السلم ، فيقول البجيرمي فيما كتبه على شرح المنهج من كتب الشافعية المعتمدة : « لا تصح الحوالة بما لا يعتاض عنه[٤] ، ولا تصح الحوالة عليه ، كدين السلم ، أي مسلَما فيه ورأس مال (أيهما كان) كما صرح به المصنف (يعني شيخ الاسلام زكريا الأنصاري) في شرح الروض ، وإن كان كلامه في هذا الكتاب في الكلام على الاستبدال[٥] يقتضي الصحة في رأس المال . وتقدم في باب السلم عدم صحة الحوالة برأس المال ، لعدم القبض الحقيقي »[٦] .

المطلب الثاني عشر
هل يشترط اتحاد سببي المالين ؟

١٧٩ – لا يشترط أن يكون سبب الدينين في الحوالة من نوع واحد بأن يكون كلاهما من قرض أو بيع أو ضمان مثلاً . فلا مانع أن يكون أحدُ دينَي الحوالة من عقد معاوضة ، والآخرُ دين إتلاف مثلاً . أو أحدهما صَداقاً والآخر بدلَ خُلْع ، أو بدل قرضٍ ، أو أُجرةً[٧] .

وفي ذلك يقول ابن حزم : « ولا نبالي من وجهٍ واحدٍ كان الحقّانِ ، أو من وجهين مختلفين »[٨] . ولكنه في الصفحة التالية استدرك استدراكاً ألقى به على الصحة قيدًا هو : أنه إذا كان الدين الذي على

---

(١) المبسوط ٤٧/٢٠

(٢) الخرشي على خليل وحواشيه ٢٣٥/٤

أما رأس مال السلم فأصولهم تقتضي امتناع الحوالة به وعليه ولكن لم نجد لهم فيه نصا .

(٣) نهاية المحتاج على المنهاج وحواشيها ٤٠٨/٤ والروضة البهية ٣٦٧/١ وشرح النيل ٤٥٩/٤

(٤) اي لا يجوز الاعتياض عنه شرعاً قبل قبضه .

(٥) هكذا عبارة البجيرمي في شرح منهج الطلاب ، وبعد المراجعة لكلام شيخ الاسلام زكريا الانصاري في باب السلم وباب الحوالة من كتابيه شرح الروض وشرح التحرير ، وفي باب السلم من شرح المنهج المنقول عنه هنا ، لم نجد للشيخ زكريا كلاماً يفرق بين المال المسلم فيه ورأس مال السلم في عدم جواز الإحالة به لعدم صحة الاعتياض عنه .

فلينظر ماذا يعني البجيرمي بقوله (في هذا الكتاب في الكلام على الاستبدال) ؟ (خبير الموسوعة)

(٦) البجيرمي على شرح المنهج ٢١/٣ .

فلمَ لايجمع بين كلامي شيخ الاسلام بتصحيح الحوالة على رأس مال السلم والحوالة به بشريطة قبضه في مجلس السلم الذي هو أيضا مجلس الحوالة ، ليتحقق القبض الحقيقي – إن سلم أنه لابد منه – ولعل شيخ الاسلام كان أحياناً لايراه . وإذن يتأرجحُ مذهب الشافعية بين الموافقة والمخالفة في هذه الشريطة بالنسبة لرأس مال السلم ، على القول بجريان الحوالة فيه .

(٧) مغني المحتاج على المنهاج ١٩٤/٢ وكشف المخدرات ٢٢٥ والمحلى ١٠٨/٨ – ١٠٩ وتذكرة الفقهاء ١٠٧/٢ وشرح النيل ٦٢٧/٤

(٨) المحلى ١٠٨/٨ .

المحيل ناشئاً من بيع لم تصح الحوالة به للنهي الشرعي (عن بيع ما اشتريته حتى تقبضه) ، فعلى المحيل أن يلجأ إلى توكيل المحال بقبض حقه فيقبضه للموكل ، ثم يعتبر مستوفياً به حقّه ويبرأ المحيل » . وقد تقدم ذكر ذلك (: ف/ ١٥٧).

المطلب الثالث عشر

هل يشترط اصالة الدين المحال به او عليه ؟ (ترامي الحوالات ، ودورها)

١٨٠ - لا يشترط أيضاً أن يكون الدين المحال به ثابتاً على المحيل ثبوتاً أصلياً .

فالدَين الذي يكون في غير محله الأصيل ، كما لو كان من حوالة أو كفالة ، تصح الحوالة به ، بأن يحيل المحال عليه أو الكفيل على مَدين له هو . بل يجوز أيضاً للمحال أن يحيل دائنه على المحال عليه ، وللمكفول له أن يحيل دائنه على الكفيل[1] .

ومن هنا يقول الإمامية[2] : « يصح ترامي الحوالة بأن يحيل المحال عليه المحالَ على آخر ، ثم يحيل الآخر مُحَالَه على ثالث وهكذا[3] . . . ودَوْرُها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول . وفي الصورتين المحال واحد وإنما تعدد المحال عليه » .

وهذا في الأصل موجود في كتب الشافعية ، مع زيادة تعدد المُحالين مع بقاء المحال عليه واحدا . ونص عبارة الرافعي في الشرح الكبير هكذا : « إذا أحلتَ زيداً على عَمرٍو ، ثم أحال عَمرٌو زيداً على بَكر ، ثم أحال بَكر على آخَر ، جاز . وقد تعدد المُحال عليهم وزيدٌ المُحالُ واحد . ولو أحلتَ زيداً على عَمرٍو ، ثم أحال زيد بَكراً على عَمرٍو ، ثم أحال بكر آخر على عَمرٍو جاز ، والتعدد ها هنا في المُحَالين ، وعَمرٌو المحالُ عليه واحدٌ . ولو أحلتَ زيداً على عمرو ، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدَين » ، فأحال زيداً عليك جاز[4] .

(١) نهاية المحتاج على المنهاج ٤١٧/٤ والمهذب ٣٤٢/١ ومغني المحتاج على المنهاج ٢٢٠/٢ والمغني لابن قدامة ٦٩/٥ وشرح النيل ٦٢٧/٤

(٢) الروضة البهية ٣٦٦/١ - ٣٦٧

(٣) ولعل تسمية ذلك « تراكب الحوالة » أفضل من تسميتها ترامي الحوالة (خبير الموسوعة)

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٣٥٥/١٠

المبحث الرابع

الجزاء على تخلف احدى شرائط الانعقاد

بطلان الحوالة

١٨٠/٢ - (أ) إذا عدمت شرائط انعقاد الحوالة كُلّاً أو بعضاً فالنتيجة المقرَّرة فقهاً هي بطلانها ، أي عدم انعقادها ، جزاءً لمخالفة تلك الشرائط .

وهذا مبدأ متفق عليه بين فقهاء الشريعة ولا مجال للخلاف فيه ، وإلا لم يبقَ أيَةُ ثمرة لشرائط الانعقاد (وهذا معروف في الأحكام العامّة للتعاقد مما يسمَّى اليوم : نظرية العقد) .

ولكن قد يختلف الفقهاء في اشتراط بعض الشرائط لانعقاد الحوالة ، فمن يشترط لانعقادها شريطةً ما يحكم ببطلان الحوالة عند فقد هذه الشريطة ، ويخالفه في ذلك من لا يشترطها .

ومن المقرَّر في القواعد أنه يستوي في النتيجة تخلفُ جميع المقوِّمات وشرائط الانعقاد وتخلُّف بعضها فقط ، فإنَّ تخلُّفَ بعض العناصر الأساسية كتخلُّفِ الكل من حيث النتيجةُ وهي البطلان .

- ومن الواضح أنّه حيثما يتقرر بطلان الحوالة فإن هذا البطلان يستتبع آثاراً ، إذ يجب فيه

عندئذ نقضُ ما قد تَمّ تنفيذه من العقد قبل تقرير بطلانه ثم رَدُّ ما يستلزم هذا النقضُ ردَّه مما قُبض دون حقٍّ ، كما هو معلوم من الأحكام العامة في التعاقد .

وسنرى في الفصل الثاني المتعلّق بآثار الحوالة والأحكام المترتبة عليها أن الحوالة الصحيحة التي نُفِّذت بدفع المحالِ عليه إلى المحال دَيْنَ الحوالة يترتب فيها للمحال عليه حقُّ الرجوع على المحيل .

غير أنهم في الحوالة الباطلة أو الفاسدة قد أعطَوا المحالَ عليه الخيار في الرجوع على المحيل أو على المحال القابض ، لأنه قبض ما ليس له بحق نظرًا لبطلان الحوالة ، كما سيأتي تفصيلُه والخلافُ فيه بين المذاهب في مطلب رجوع المحال عليه من فصل الأحكام (ر : ف/ ٢٢٨) .

الفرع الثاني

شرائط النفاذ

(اولا)

بلوغ المحيل والمحال ، والمحال عليه بحسب الاحوال

١٨١ - (أ) يشترط لنفاذ الحوالة أن يكون المحيل بالغا ، لأن في الحوالة معنى المعاوضة ، ومعاوضات الصبي المميز لا تنفذ إلا بإجازة وليه . فحوالته منعقدة موقوفة على الإجازة [١] .

وينبني على اشتراط بلوغ المحيل لنفاذ العقد الخلافُ المشهور بين المذاهب الفقهية في تصرفات الصغير المميز إذا ما باشرها بنفسه : أتكون باطلة ، أم موقوفة على إجازة وليه ، إن رآها وفق مصلحته ؟ وقد صرح الإمامية هنا - كالشافعية - بالبطلان سواء سبقها إذن أم لحقتها إجازة [٢] . وهو مقتضى إطلاق الإباضية ، ومنهم من يصححها منه بإذن سابق ، وفي القليل مطلقاً [٣] .

١٨٢ - (ب) ويشترط لنفاذ الحوالة أن يكون المحال بالغاً ، لما قلناه في المحيل . ولذا ينعقد احتيال الصبي المميز ، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة وليه ، وهذه الإجازة مشروطة بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل ، كما سيجيء (ر :ف/ ١٣٧) .

وهذه الشريطة يوافق عليها المالكية والشافعية والإمامية والزيدية والإباضية [٤] ، ويخالف فيها الحنابلة والظاهرية [٥] لأنهم لا يشترطون رضا المحال ، إلا على احتمال ضعيف للحنابلة .

١٨٣ - (ج) أما شريطة بلوغ المحال عليه ، فسبق بحثها كشريطة انعقاد أثناء بحث المحال عليه وشرائطه (ر : ف/ ١٣١) .

[وذكرنا أن القيد الذي قيدت به هذه الشريطة (وهو كونه ليس فى ذمته ولا عنده للمحيل ما يكفي) ليس فى كلامهم ولكنه يتبادر إلى الذهن لأول وهلة .

---

(١) قررت هذه الشريطة المجلة (م/٦٨٥) ومرشد الحيران (م/٨٨١) .

(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٧٢ وتذكرة الفقهاء ٢/ ١٠٥ .

أقول :

والسبب عندهم في هذا البطلان ، ولو بإذن من الولي سابق أو إجازة لاحقة ، أن الصغير المميز عندهم « مسلوب العبارة » كما صرحوا به ، أي ليس أهلاً أصلاً للتعبير في تصرفات الإرادة ، فإذا أراد عقداً فإنه يجب أن يباشره وليه .

(خبير الموسوعة)

(٣) مدارج الكمال ١٠٤ وشرح النيل ٤/ ٦٢٥ .

(٤) الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٢ و٢٣٣ والمهذب ١/ ٣٣٧ - ٣٣٨ والروضة البهية ١/ ٣٦٦ - ٣٦٧ والبحر الزخار ٥/ ٦٧ ومدارج الكمال ١١٤ . وأخذت بها المجلة في المادة ٦٨٥ ومرشد الحيران في المادة ٨٨١ .

(٥) الفروع ٢/ ٦٢٦ والمحلى ٨/ ١٠٨ .

ثم وجدته هكذا في حواشي ابن عابدين على البحر [١]. فإذا اختل هذا القيد - وذلك بأن كان في ذمته أو عنده للمحيل ما يكفي سَداد دينه- فينبغي ألا يشترط البلوغ لأصل انعقاد الحوالة، بل لنفاذها، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه إن كان دون البلوغ].

(ثانيا) ولاية المحال على المال المحال به

١٨٤ - يشترط لنفاذ الحوالة أن تكون للمحال على المال المحال به ولاية . فالفضولي لا يكون محالاً إلا بإجازة من له الولاية ، أما الوكيل فإن كان وكيلا بالقبض فليس له أن يحتال أصلاً ، لأن المقصود من وكالته الاستيفاء لا الإبراء ، وإن كان وكيلاً في العقد ففي قَبوله حوالةَ الثمن خلافٌ مشهور : جوَّزها منه الطرفان أبو حنيفة ومحمد ، على الأملأ والأفلس مطلقاً - ويضمن للموكِّل لأن الحوالة إبراء مؤقَّت فتعتبر بالمطلق - ومَنَعها أبو يوسف [٢] . وقد أجرى الخلاف في البدائع بين أبي حنيفة مُجوِّزًا والصاحبين مانعَيْن .

واستدل لهما : بأنَّ هذه الحوالة هي تصرف في ملك الموكل من غير إذنه ، فلاينفُذ عليه كتصرف الأجنبي .

واستدل لأبي حنيفة : بأنَّ الوكيل بقبوله الحوالة إنما تصرف بالإبراء في حق نفسه (وهو قبض الثمن) بمقتضى عقد الوكالة لأن قبض الثمن من حقوق العقد التي تعود للوكيل بالبيع ، فإبراؤه المشتريَ عن الثمن أو قبوله الحوالة به إسقاط لحق نفسه وهو القبض فينفذ عليه ، لأن الحوالة كالإبراء تمنع مطالبة المحيل ، ويسقط بذلك الثمن من ذمة المشتري تبعاً لسقوط حقِّ القبضِ ، ولكن لا يسقط حق الموكِّل في الثمن الذي هو عوض ملكه . وإنما يسقط الثمن من ذمة المشتري تَبَعاً لأنه لو لم يسقط مع سقوط حق الوكيل في قبضه لبقي ديناً غيرَ قابلٍ للقبض ، وهذا لا نظير له في الشرع ، كما أنه غير مفيد . فلذا يسقط الثمن من ذمة المشتري تبعاً لسقوط حق الوكيل في قبضه ، ولكن يضمنه الوكيل للبائع الموكِّل ، لأن الوكيل بتصرفه هذا قد تجاوز إلى حق غيره وهو الثمن نفسه حيث أتلفه على صاحبه بالإبراء أو قبول الحوالة به [٣] .

وقد لخَّصه في مجمع الأنهر بأنَّ حقوق العقد للعاقد ، والحوالة من هذه الحقوق [٤] .

بل إن النائب الشرعي عن الصغير ، وليّاً كان كالأب أو وصيّاً ، لا يملك حق الاحتيال بمال هذا الصغير على ما قرره السَرَخْسِيُّ في المبسوط بإطلاقه ، على خلاف عامّة الكتب . ونصّ عبارته : لو احتال بمال ابنه الصغير ، أو اليتيم الذي تحت وصايته ، لم يجز ، لأن الحوالة إبراء الأصيل ، وهو لا يملكه في مال القاصرين . فقارنه بما جاء في البحر مثلاً خاصّاً بحوالة الأب والوصي ، أو بجامع الفصولين [٥] ، ولعل في المسألة رأيَيْن [٦] .

(ر : ف/ ١٣٧) .

---

(١) حواشي ابن عابدين على البحر شرح الكنز ٢٦٨/٦ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٧١/٢٠ وجامع الفصولين ١٨/٢ .

(٣) البدائع ٢٨/٦ موضحاً .

(٤) مجمع الأنهر ٢٢٧/٢ .

(٥) المبسوط ٧١/٢٠ والبحر ٢٧٥/٦ وجامع الفصولين ١٨/٢ .

(٦) صرح ابن نجيم في البحر بأن المسألة خلافية في بعض حدودها . وننقل هنا نص عبارة البحر لأنها موجزة واضحة جامعة محددة لموطن الخلاف ، قال في آخر الحوالة ما نصه :

(فروع مهمة) : يجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب والوصي على أملأ من الأول ، لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر (أي الأصلحية) . وإن كان مثله في الملاءة اختلفوا على قولين . =

١٨٥ – وكون احتيال الفضولي موقوفاً على إجازة من له الولاية على دَين الحوالة ، هو اتجاه فقهي يوجد أيضاً عند كثيرين غير الحنفية ، كالمالكية ، والإمامية ، والشافعي في القديم ، وأحمد في رواية ، والإباضية على الراجح عندهم في البيع[1]. واختاره شارح النيل في الحوالة على خلاف جمهورهم[2] . ولكن الذي عند الشافعية فى الجديد وعند الظاهرية ، وهو المعتمد عند الحنابلة[3] أن حوالة الفضولى كسائر تصرفاته باطلة من أصلها ، فلا تعود بالإجازة صحيحة . وهذه قاعدة عامة ، أُخذت من حديث ثابت فى بياعات الفضولى عند أبي داود والترمذى (الذى اعتبره حَسَناً) ونصُّه : « لا بَيْعَ إلا فيما تَملِك » . وطَرَدوا هذا فيما عدا البيعَ[4] فأصبح قاعدة . ومثله حديث حَكيم بن حِزام – عند الخمسة ، وقال الترمذى : حسن صحيح – « أنه صلى الله عليه وسلم قال : لا تَبِعْ ما ليس عندك[5] ».

١٨٦ – إن احتيال الوكيل في البيع ، بثمن المبيع بالصورة المشروحة نجد حكمه منصوصاً عند غير الحنفية ، ولكن التخريج ممكن :

[ذلك أنهم يختلفون في مذهبَي الشافعية والإمامية حيث لا يكون القبض شريطةً لصحة العقد : أيكون له قبضُ الثمن ، لأنه من حقوق العقد ومقتضياته ، أم لا ، لعدم الإذن[6] ؟ إذ الوكالة في البيع غير الوكالة في القبض فقد يرضاه للبيع ، ولا يرضاه للقبض[7] . فبناءً على الثاني ، لا يكون له أن يحتال بالثمن ، قولاً واحدًا ، لعدم ولايته عليه . وهذا هو المرجَّح عند الشافعية[8] . لا سِيَّما وهم مصرِّحون بأن تصرف الوكيل مَنوطٌ بالمصلحة[9] . حتى لقد ألزموه بألَّا يبيع إلا بثمن المثل حالاً من نقد البلد ، وألَّا يوكِّل – إن احتاج إلى توكيل – إلا أميناً ، والحوالة في معنى الإبراء[10] . ويشارك المالكية بلا خلافٍ في إرساء هذا الأساس[11] ، فيتمهد عندهم الطريق لما بُني عليه من أن الوكيل في عقد البيع ليس له أن يحتال بالثمن .

أما على الرأي المقابل بأنّ للوكيل حقّ قبض الثمن فالظاهر أيضاً أنْ ليس له الاحتيال به ، لأن هذا تصرفٌ جديدٌ لم يؤذن فيه ، لا نصّاً ولا دلالة ، لا سيما إذا جرينا على أن الحوالة بيع في الحقيقة.

والخطيب من الشافعية في شرح المنهاج – بمناسبة الكلام فيمن وُكِّل ليشتريَ شاةً بدينار ، فاشترى به شاتين إحداهما تساوي دينارًا ، بناء على الأصحِّ من صحة ذلك ، لأنه زاد خيرًا ، ويكون الملك فى الشاتين للموكِّل – يقول « لا يكون للوكيل أن يبيع إحداهما ، ولو بدينار ليأتيَ به

= ولو احتالا بدينه إلى أجل لم يجز لكونه إبراءً مؤقتاً ، فيعتبر بالإبراء المؤبد . وهذا إذا كان ديناً ورثه الصغير . فإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافاً لأبي يوسف ، كذا في المحيط . انتهت عبارة البحر .

وفي دين الصغير الذي وجب بعقد الوصي (او الأب) قال في جامع الفصولين بصورة أوضح : « ولو احتال الوصي بماله (اي بمال الصغير) صح لو أملأ لا لو مثله . هذا إذا وَجَبَ بمداينة الميت ، فلو وجب بمداينة الوصي جاز الاحتيال ولو لم يكن أملأ من الأول » . **(خبير الموسوعة)**

(١) النيل ٤٧٢/٢ .

(٢) شرح النيل ٦٢٧/٤ وبداية المجتهد ١٧٢/٢ والروضة البهية ٢٧٧/١

(٣) الفروع ٤٦٦/٢ والمحلى ٤٣٤/٨ .

(٤) مغني المحتاج على المنهاج ١٥/٢

(٥) نيل الأوطار ١٥٥/٥ .

(٦) أما إذا كان العقد الموكل فيه من شرائط صحته القبض كما في الصرف فإن الوكيل فيه حق القبض والإقباض قطعاً .

(٧) مغني المحتاج على المنهاج ٢٢٥/٢ وتذكرة الفقهاء ١٢٢/٢–١٢٣ .

(٨) مغني المحتاج ٢٢٥/٢ .

(٩) مغني المحتاج ٢٢٤/٢ .

(١٠) الباجورى على ابن قاسم ٤٠٤/١ ومغني المحتاج ٢٢٧/٢ وتذكرة الفقهاء ١٢٥/٢ .

(١١) الخرشي على خليل ٢٨٨/٤ وبداية المجتهد ٣٠٣/٢ .

وبالأُخرَى إلى المـوكِّل ، وإن فعل ذلك من الصحابة عُروة البارِقيّ ، لعدم الإذن فيه ، وأما عروة فلعلـه كان مأذوناً له في بيـع ما رآه مصلحةً من ماله صلى الله عليـه وسـلم . والوكالـة في بيـع ما سيملـكه - تَبَعـاً لبيـع ما هو مالكه- صحيحةٌ »[١] ولا تُحمل قصة عروة على أنه صـلوات الله عليـه أجاز تصرفه في الشاة الزائدة ، لأنه باعهـا وسلَّمهـا ، والتسليم لا يـكون قبل الإجازة عند القائلين بها[٢] .

وبعد هذا فلتطبق إذن على احتيـال الوكيل عند ما نعيه قواعدُ تصرُّف الفضولي .]

١٨٧ - وأمـا احتيال ولي القـاصر ، كأبيـه أو وصيـه بدَينـه ، فلم نَرَ في المـذاهب الأُخـرى إطلاقَ عدم جوازه ، كما فعـل السَرَخْسِيّ من الحنفية .

بل في كلام بعضهم - كمـا هو مقتضى إطلاق حديث الحـوالة - التصريـحُ بصحتهـا بشريطة واحدة : أن تقتضيهـا مصلحة القاصر نفسه -أخْذًا من نص التنزيل الحكيم : «ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير» - دون تقيُّد بأي قيد آخَر . ولذا أبطلوا احتياله على مفلِس سواء أعلم إفلاسه أم جهل ، وكذا احتياله بدين موثَّق عليه برهن أو ضمان ، لما فى انفكاك الوثيقة من الضرر البيِّن بالقاصر[٣] .

وقد سُئل السيوطي عن رجل له على رجل دَين ، فمات الدائن وله ورثة ، فأخذ الأوصياء من المـدين بعض الدين ، وأحالهم على آخر بالباقي فقبـلوا الحوالة وضمنها لهم آخـر ، فمات المحـال عليـه ، فهل لهم الرجوع على المحيل أم لا ؟

فأجاب : يطالبون الضامن وتركة المحال عليه ، فإن تبين إفلاسُهما فقد بان فساد الحوالة ، لأنها لم تقع على وَفق المصلحة للأيتـام ، فيرجعـون على المحيل[٤] .

ومن أمثلة المصلحـة أن يكون المحيـل بمال اليتيم فقيرًا أو مماطلاً ، أو مَخوفَ الامتناع بسطوة أوهرب ، أو سيِّء القضاء على أية صورة ، والمحال عليـه بعكس ذلك كله فتصح الحوالة حينئذ ، لأنها أصلح للقاصر .

وأطلق بعض الإباضيـة القولَ بـكراهة احتيـال وليّ القاصر ، إذا لم يكن ولَدَه ولو حكماً ، كلقيط ، ولـكنه رغم ذلك صحيـح نافـذ[٥] .

(ثالثا)
قبول المحال والمحال عليه

١٨٨ - (أ) قبول المحال - إذا لم يكن هو أحـد الطرفين المنشئين للعقد - ليس شريطة انعقاد إلا عند الإمام أبي حنيفة ومحمد .

أما أبو يوسف فيكتفي برضا المحـال ، ولو خارج مجلس العقد ، على أن يـكون إذن شريطةَ نفـاذ . وهـذا هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المـادة / ٦٨٣/ فيعتبـر بذلك هـو الراجـح الـذي عليه العمل والقضاء فى المذهب الحنفي .

(ب) ورضا المحال عليه كذلك - ولو خارج مجلس العقد - شريطةُ نفاذ باتفاق أئمة المذهب الحنفي الثلاثة .

هذا ، وقد سبق أن تكلمنا بالتفصيل على فقـه هذه المسألة والخلاف الاجتهادى فيهـا بين المذاهب بما فيه الكفاية تحت فرع (مقومات الحوالة وشرائط انعقادها تفصيلا) فى الفقرات/٨٠ - ٨٢/بالنسبة إلى رضا المحال و/ ٨٣ - ٨٨/ بالنسبة إلى رضا المحال عليه ، وذلك في المطلب الخاص بالتراضي وعناصره فليرجع إليـه .

(١) شرح المنهاج للخطيب ٢/٢٢٩ .
(٢) مغني المحتاج ٢ / ١٥ .
(٣) نهاية المحتـاج على المنهـاج ٤/٤٠٩ - ٤١٠ والبجيرمي على المنهج ٣/٢٠ و٢٣ .
(٤) الحاوي للفتاوى ١/١٦٧ .
(٥) شرح النيل ٤ / ٦٢٩ .

الفصل الثاني

آثار الحوالة أو أحكامها المترتبة على عقدها



الفصل الثاني
آثار الحوالة
أو أحكامها المترتبة على عقدها

١٨٩ - إذا تمت الحوالة بأركانها وشرائطها ترتبت عليها آثارها التي من أجلها شُرعت، واعترتْها على الجملة أحكامٌ عِدَّة. وهذه الأحكام نوعان:

١ - أحكام عامة، لا تخص نوعاً من الحوالة دون نوع.

٢ - وأحكام خاصة بكل نوع على حِدَة.

فطبيعة هذا الفصل أن نعقد فرعين: نعالج في أحدهما الأحكام العامة، وفي الآخر الأحكام الخاصة. ويسبق ذلك فرع عن لزوم الحوالة والشروط اللاحقة، ذلك أنه ربما بدا لهذا المتعاقد أو ذاك شيءٌ فيما كان أبرم، فيريد أن يعود عليه بالنقض، أو يريد تعديله بعض الشيء - فيعرِض هنا سؤالٌ لا بد منه، وهو هل تقبل طبيعة الحوالة مثل هذه الإرادة في التعديل؟ وإذا كانت تقبل فما مدى قابليتها؟

وعلى هذا تكون فروع هذا الفصل ثلاثة:

الفرع الأول: عن لزوم الحوالة والشروط اللاحقة.

الفرع الثاني: عن أحكامها العامة.

الفرع الثالث: عن أحكامها الخاصة

الفرع الأول
لزوم الحوالة والشروط اللاحقة

١٩٠ - إن بحث تأثير إرادة التغيير في الحوالة، أو قابلية الحوالة للتعديل والعدول، لا يمكن الخوض فيه قبل أن نعرف، هل الحوالة بطبيعتها عقد لازم؟ بمعنى أنها بمجرد انعقادها لا يملك أي طرف من أطرافها حق نقضها - بإرادته المنفردة - دون سبب شرعي؟ أم أنها عقد جائز يمكن التحلل من رباطه لمن شاء من أطرافه، أو لطرف معين أو أكثر من هذه الأطراف؟

ثم هل تلحقها الشروط الملحقة فيتعدل العقد، ويتغير مضمونه أم لا؟

فإذا عرفنا ذلك كله أصبح ميسوراً أن نحدد بوضوح مدى تأثير إرادة التغيير في الحوالة (أي مدى قابليتها للتعديل والعدول) وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: هل الحوالة عقد لازم أم جائز؟

المبحث الثاني: هل تلحقها الشروط الملحقة أم لا؟

المبحث الأول
هل الحوالة عقد لازم ام جائز؟

١٩١ - الحوالة من العقود اللازمة التي لا يمكن فسخها أو إبطالها من جانب واحد مالم يشرط له الخيار[1]، ومعلوم أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام عند الإمام وأيَّةُ مدة تُعلم نهايتها عند الصاحبين[2].

وقد صرحوا بجواز اشتراط الخيار لمن يجب رضاه في الحوالة، وهو على الصحيح المحالُ والمحالُ عليه فحسب، كما يتبادر من كلام بعضهم.

ولكنَّ تخصيص الجواز بهما لا يتفق مع تصريحهم في البيع بأن شرط الخيار للأجنبي صحيح استحساناً - خلافاً لزفر الآخذ بالقياس - ويكون الأجنبي عندئذ نائباً لمن شرطه له، ولكنْ لا يكون الخيار له وحده، بل له ولمن

(١) ويقول ابن نجيم في الأشباه ١٩٢/٢: «الحوالة لازمة إلا في مسألتين» ولم يبينهما.

(٢) البحر ٢٧٢/٤ وابن عابدين على الدر المختار ٤٨/٤

اشتُرط له إعمالاً لمعنى الاستنابة [١] . كيف والمحيل ليس أجنبيا بحتاً ، بل قيل : إنه طرف في عقد الحوالة لا تصح دون رضاه ، كما قدمنا (ر :ف/ ٧٦) وكونه إذ ذاك نائباً لا ينافي أن له تصرفاً مستقلاً ، فإنه إذا سبق بالإجازة أو الفسخ فلا معقب له ، لأن السابق سابق ، وحتى إذا فسخ مع إجازة المستنيب في وقت واحد مضى فسخه هو ، لأن الفسخ أقوى [٢] .

وعلى هذا إذا شرط الخيار للمحال أو المحال عليه أو كليهما ، فبدا لهذا أوذاك في مدة الخيار أن يَعْدل عن العقد نفسه وينقضه نقضاً فذلك له ، ولا سبيل لأحد عليه [٣] . ولا شك أن هذا صلاح واضح ، فقد يجهل أحد الشخصين أو كلاهما صاحبَه بعض جهالةٍ ، ثم بعد تقصّي أحواله يبدو له أن هذه الحوالة ليست في مصلحته فيراجع نفسه قبل فوات الأوان. وقد لا يجهل ، ولكن تتغير حتى في هذه الفترة القصيرة – ظروف المحال عليه إلى أسوأ ، أو المحيل إلى أفضل ، أو يقع التغيران كلاهما ، فيُؤْثِر المحال أن يعود من حيث بدأ .

أما المحيل فشرط الخيار له أصالةً بيِّنٌ جِدّاً ، على القول بأنه طرف في العقد ، فقد يأنف – بعدشيء من الرويّة – أن يتحمل عنه فلان دَينه ، وقد يكون ذا صلة خاصةٍ بالمحال عليه ، ويعلم أن فيه ضعفاً ، وأن مكان المحال سيثقل عليه فتأُخذه به رأفة ، ويعيد الدَين إلى نفسه كرةً أُخرى ، ثقةً بأنه أقدر على معالجة صاحبه

وهذه المعاني في الحقيقة لا تتأثر بكونه طرفاً أو ليس بطرف ، إلا أنه حين لا يكون طرفاً لا يستطيع أن يشرط الخيار لنفسه – ولعل هذا هو ما أراده ذلك البعض الذي أشرنا إليه آنفاً ، حين قصر خيار الشرط على المحال والمحال عليه – فإذا حصل على هذا الشرط بإحدى الوسائط الصحيحة – كما لو شرط له المحال أو المحال عليه ، عطفاً أو وثوقاً بسَداد رأيه مثلاً – ثم بدا له أن يفسخ الحوالة لأمر ما ، ففسخها ، نفذ تصرفه هذا سواءٌ سبق به إجازة شارط الخيار له أم قارنها كما سلف آنفاً .

١٩٢ – فالحوالة عقد لازم دون خلاف ، ولكن قَبولها للخيارات محل اختلاف بين الاجتهادات فالشافعية والحنابلة يقررون أنها لا تقبل الخيارات على الراجح عندهم – وإن كان منهم من أجاز فيها خيار المجلس [٤] – وفي ذلك يقول صاحب «المهذب» من الشافعية : « ولا يجوز خيار الشرط فيه ، لأنه لم يبنَ على المغابنة ، فلا يثبت فيه خيار الشرط . وفي خيار المجلس وجهان : أحدهما يثبت ، لأنه (أي عقد الحوالة) بيعٌ ، فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح . والثاني : لا يثبت ، لأنه يجري مجرى الإبراء ، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع ، فلم يثبت فيه خيار المجلس » [٥] . فهو جازم – كما يظهر من كلامه – بعدمِ قَبول الحوالة خيار الشرط عند الشافعية [٦] ، لكن الإمامية مع تصريحهم بأنها عقد لازم أيضاً [٧] هم كالحنفية في إجازة خيار الشرط [٨] .

أما الظاهرية فمن أصلهم إنكارُ خيار الشرط

---

(١) ابن عابدين على الدر ٤ /٥٨

(٢) ابن عابدين على الدر ٤ /٥٨

(٣) البحر ٦ / ٢٧٢

(٤) المهذب ١ / ٣٣٨ والمغني لابن قدامة ٥ / ٥٤

(٥) المهذب ١ / ٣٣٨

(٦) لكن إذا نحن بنينا على الوجه المجيز لخيار المجلس فيها عندهم، لم يبعد عن قواعدهم جوازُ خيار الشرط أيضاً ، لأن من قواعدهم ، هم أنفسهم أن كل ما قَبِل خيار المجلس يقبل خيار الشرط ، إلا بضعة مستثنيات ، ليس من بينها الحوالة (الأشباه ، للسيوطي ٣٣١) ويجوز عندهم شرط الخيار لأجنبي (مغني المحتاج ٢ / ٤٦) .

(٧) الروضة البهية ١ / ٣٦٦

(٨) تذكرة الفقهاء ١ / ٥٢٢

حيثما كان، وإبطال كل عقد معاوضة يتضمنه [1].

وقد قدمنا عن المالكية أنهم يشترطون للزوم الحوالة أن يكون الدين المحال عليه عن عوضٍ مالي، فإذا اختلت الشريطة لم تكن الحوالة لازمة، وعنهم في بعض تفسيرات المذهب، وعن آخرين من أهل العلم، أن يسار المحال عليه كذلك من شرائط لزوم العقد، ولكنّا قد علمنا ما في الشريطة الأولى (كون الدَّين المحال عليه عن عوضٍ مالّ) من تساهل (ر: ف/١٦١).

وقد رأينا وسنرى أن انفساخ الحوالة عند الحنفية لأمر عارض كالتوى وموت المحيل فى الحوالة المقيدة أو مطلقاً – على الخلاف عندهم – لم يمنع من الحكم عليها بأنها عقد لازم (ر: ف/١٩١ و٢٧٣–٢٧٦).

١٩٣ – تنبيـه :

أفاد ابن نجيم في البحر نقلاً عن الخلاصة والبزازية «ان الحوالة على ثلاثة أوجه: لازمة وجائزة وفاسدة.

فاللازمة: أن يحيل المدين دائنه على آخر ويقبل الحوالة، سواءً كانت مقيدة أو مطلقة.

والجائزة: أن يقيدها بأن يعطي المحال عليه الحوالةَ [2] من ثمن دارِ نفسِه أو ثمن عبده، فلا يُجبر المحال عليه على البيع. وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يعطي عند الحصاد، فإنه لا يُجبر على أداء المال قبل الأجل [3].

والفاسدة: أن يقيدها بأن يعطي المحال عليه [illegible] من ثمن دار المحيل أو ثمن عبده، لأنها حوالة بما لا يقدر على الوفاء به، وهو بيع [illegible] الحوالة بهذا الشرط لا تكون توكيلاً ببيع دار المحيل» [4] (أي لكي يكون بحكم الوكالة قادرًا على الوفاء).

المبحث الثاني

هل تلحقها الشروط اللاحقة أم لا ؟

١٩٤ – من قضايا العقد بوجه عام [4] أن الشروط الواقعة بعد العقد – أيا كان هذا العقد – هل تلحقه أم لا؟ إنها قضية اختلفت فيها الاجتهادات وللحنفية فيها قولان: قول بالتحاق، ويعزى إلى أبي حنيفة، وقول بعدمه ويعزى إلى الصاحبين [illegible] أيضاً، [illegible] [5]، وعلى القول [illegible]:

١ – لا فرق بين أن يقع الشرط في مجلس العقد، وأن يقع خارجه [illegible] المجلس [6].

٢ – [illegible]

---

(١) المحلى ٨/ ٣٧٠

(٢) يلحظ أن الحوالة هنا مستعملة بمعنى المال المحال به.

(٣) ظاهره أنه ينتظر حتى يبيع الدار أو العبد حينما يشاء، وعندئذ يطالب بالتأدية من الثمن، والمسألة في البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٦ / ٢٧ وقد تقدم الخلاف في الإجبار على البيع في هذه المسألة والتوفيق بين الرأيين في شرائط المحال عليه، فليرجع إليه (ف/ ١٣٣)

(٤) البحر ٦/ ٢٦٩ [illegible] أم جائزة؟ نطرح الوجه الثالث الفاسد من هذه الوجوه ثم نلحظ أن هنالك إبهامًا في مقابلة أحد الوجهين الأولين بصاحبه [illegible] المقابل [illegible] مراد به [illegible] في العبارة نفسها [illegible] أن المحال عليه لا يجبر على البيع [illegible] في المثال المذكور [illegible] به قابلية الفسخ [illegible] المعنى العرفي [illegible]

(٥) أي ما يسمى [illegible]: نظرية العقد العامة.

(٦) جامع الفصولين [illegible]

(٧) جامع الفصولين ١/١٧١

إلا أنه إذا أخرج مخرج الوعد (ولنسمه شرطاً وَعْدياً)[1] لا يفسده، بل لا بأس حينئذ بأن يكون في صلب العقد؛ خلافاً لمن أخطأ فيه.

ثم هل يكون هذا الشرط الوعديُّ ملزِماً أو غير ملزِم؟ في ذلك قولان مصححان في المذهب، بعد أن يكون الشرط الوعديُّ في ذاته ليس من المحظورات الشرعية:

فالقائل بعدم اللزوم جار على المشهور من أن الوعد لا يجب الوفاء به قضاء.

والقائل باللزوم ملحظه أن المواعيد قد تلزم، فتجعل هنا لازمة لحاجة الناس إلى لزومها[2].

هذا تقرير القاعدة في ذاتها عند الحنفية على صعيد العقد بوجه عام أيًا كان نوعه.

فإذا أريد تطبيقها هنا على عقد الحوالة – بوجه خاص يجب أن يفرق – كما هو واضح بين نوعين من الشروط، ونوعين من العبارات التي تصاغ بها:

١٩٥ – النوع الأول من الشروط الملحقة: شروط فاسدة:

١) – كما لو اشترط أحد الأطراف شرطاً ملحقاً بعد العقد أن تكون الحوالة عقدًا غير لازم: بمعنى أن يكون لمن شاء من أطرافها، أو لطرف معين، أن ينقضها متى شاء، دون تقيُّد بمدة معينة[3].

٢) – أو يشترط المحيل ان الحوالة ماضية قطعية قطعت كل علاقة بينه وبين المحال عليه لا تتأثر بموت محيل، ولا بموت محال عليه أو إفلاسه، ولا رجوع عليه للمحال سواء وفّيت الحوالة أم تُوُفِّيتْ.

٣) – أو يشترط ما يشبه المقامرة من نوع آخر، كما لو شرط في الحوالة المقيدة أن لا رجوع عليه فيها ولو تلف المال الذي قيدت به أو استحق. وواضحٌ أن هذا النوع من الشروط منافٍ لمقتضى العقد في قواعد الحنفية فهي شروط فاسدة في نفسها. ثم إن قلنا بلَحاقها بعقد الحوالة إذا شرطت بعد العقد فإنها تفسده أيضاً، وإن لم نقل بلحاقها اقتصر فسادها عليها بذواتها، ولم يتعد إلى العقد نفسه. على أنه حين يصاغ الشرط من هذه الشروط وأمثالها بصيغة الوعد (كأن يقول المحال بعد انبرام العقد: إني ملتزم بهذه الحوالة أبدًا ولن أرجع عليك بحال من الأحوال، أو يقول المحيل: إننا ملتزمان بهذه الحوالة ولكنني سأذعن لإرادتك إن بدا لك أن تفسخها أنت) فالذي يبدو أن هذا لا يغير شيئاً من مقتضى العقد. أما جعله أمرًا جائزًا بطريق العِدَة، فهذا وما إليه مما يجيء فيه خلاف فقهائنا في لزوم الوعد وعدم لزومه.

١٩٦ – النوع الثاني من الشروط الملحقة: شروط صحيحة:

١) – وذلك كاشتراط المحال أن يعطيه المحالُ عليه بالدين رهناً أو أن يكون موسرًا.

٢) – أو اشتراط المحال عليه أن يكون الدين الحالّ على الأصيل مؤجّلاً عليه هو[4].

٣) – أو أن يُشترط لأحد الأطراف الخيارُ ثلاثة

(١) هكذا أرى أن نسمي هذا النوع من الشرط الذي أخرج مخرج الوعد: شرطاً وعدياً اختصاراً في التعبير وجمعاً في الدلالة بين ظاهرة الاشتراط، وصورة الوعد. (محرر الموسوعة)

(٢) جامع الفصولين ١/١٧١ وابن عابدين على الدر٤/١٢٠ و١٢١

(٣) أما نصهم على أن للمحال أن يشرط لنفسه حق الرجوع على المحيل متى شاء، ويكون له شرطه (الفتاوى الهندية ٣/٣٠٥) فمحمله – فيما أرى – أن الحوالة حينئذ كفالة، نظيرما لو تمت الحوالة على أن المحيل ضامن (الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٣/٧٨) وإن قرره المتأخرون على خلاف ذلك (مرشد الحيران م/٨٩٧)

(٤) البحر ٦/٢٦٧

أيام ، أو مدةً ما معلومةً على ما سلف (ر : ف/١٩١) .

فإن هذه مصالح لا ريب فيها ، وليس في شيء منها حظر شرعي – إذا كانت المعاملة في المثالين الأخيرين ليست من قبيل الصرف – فهذا النوع من الشروط لو أن العاقد شرطها في أثناء العقد لصحت وتم العقد على وفق أغراضه الصحيحة تلك ، إذ هي بين شرط ملائم لعقد الحوالة ، أو مأذون فيه بترخيص الشارع – وإن لم يكن من مقتضَى العقد نفسه [1] – فلو نسي اشتراط شيء منها في أثناء العقد فاتفقا على إلحاقه جاز إلحاقاً كما يجوز ابتداءً على أنه قد يعتبر اشتراط يسار المحال عليه من مقتضيات العقد ، بدليل الرجوع على المحيل إذا تَوِيَ الدين : حتى إنه لو فاته اشتراط ذلك في العقد لم يكن من بأس في أن يُتدارك ، ولو بعد مدة مديدة ، وهم قد صرحوا بمثل ذلك في خيار الشرط المتعلق بعقد البيع ، ونص عبارتهم : «لو قال أحدهما بعد البيع ، ولو بأيام : جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صَحَّ إجماعاً» [2] ، ومجال التيسير في الحوالة أوسع منه في البيع .

ولاخفاء في هذا بناءً على قول اللحاق بالعقد في الشروط المتراخية عنه ، أما على القول المقابل ، فلا يستقيم] .

١٩٧ – لم نجد لغير الحنفية نصوصاً حول لَحاق الشروط الملحقة سوى الإباضية [3] وبعض الزيدية [4] . وقد شرط الشافعية والحنابلة لِلَحاق الشروط التي لم تشرط في صلب العقد وقوعَها قبل لزوم العقد [5] .

أما الشرط الفاسد أو الصحيح في نفسه ، من تلك الشروط فإن الأمثلة التي عدَّدها الحنفية هنا هي محل نظر بالنسبة إلى المذاهب الأخرى .

(أ) – فإن اشتراط عدم الرجوع على المحيل ، إذا تَوِيَ المال على المحال عليه ، ليس مخالفاً لمقتضى العقد عند أحد من غير الحنفية سوى الناطق من الزيدية [6] (ر : ف/١٧و٢٧٩) حتى يكون فاسداً ، بل هو اشتراط مقتضى العقد وأحد لوازمه غير المنفكة عند كثيرين ، بحيث لو شرط خلافه في صلب العقد لخرج العقد عن أن يكون حوالةً حقيقية أو لبطل ، والبطلان حينئذ هو مختار الشافعية . [7] (ر : ف/ ٩٥و٢٩٨) وإن كان الذي حكاه الباجي من المالكية عن سحنون صحة الشرط [8] ولعله أحد الأوجه التي أشار إليها الخطيب عند الشافعية [9] .

١٩٨ – (ب) إذا شرط في الحوالة تقديم رهن بالدين أو كفيل فقد اختلف الشافعية في صحة هذا الشرط : فجزم ابن المقري بجوازه ، وأبطله صاحب الأنوار ، وجمع الرمليُّ الكبير بينهما فحمل الجواز على ما إذا اشترط الرهن أو التكفيل على المحال عليه لاشتغال ذمته أما إذا شرط ذلك على المحيل فلا يصح لبراءته بالحوالة ، وهذا يتفق مع ما قاله الحنفية ، ولكن ردَّه الخطيب بأن المحال عليه أجنبي عن العقد (أي عند الشافعية) لا مدخل له فيه ، ومن ثَمّ اعتمد البطلان وحاول الرمليُّ الصغير تصحيح كلام والده ، قائلاً ما مفاده : إن الكلام ليس في لزوم الشرط ، حتى يستنكر بأنه شرط على أجنبي عن العقد بل في

(١) ابن عابدين على الدر ٤ / ١٢١

(٢) ابن عابدين على الدر ٤ / ٤٧

(٣) النيل ٢ / ٦١٤

(٤) البحر الزخار ٣/ ٣٤٨

(٥) البجيرمي على المنهج ٢ / ٢٠٩ ومطالب أولي النهى ٣ / ٦٦

(٦) البحر الزخار ٥/ ٨٥

(٧) مغني المحتاج ٢ / ٩٦ ومختصر الطحاوي ص ٢٢٩ [illegible]

(٨) المنتقى على الموطأ ٥/ ٦٧

(٩) مغني المحتاج ٢/ ١٩٥

[illegible] غير ملزم ، وهذا معنى الجواز في كلام الفقهاء وليس معناه اللزوم (١) وعلى القول بفساد هذا الشرط تكون النتيجة أنه لو [illegible] ، فالرهن [illegible] تطوعاً ، [illegible] الشرط ، [illegible] قاعدة [illegible] المنشأة على [illegible] (٢) (٣) [illegible]

والمتبادر من كلام الرملي الكبير ليس فقط جواز الشرط وعدم إفساده للعقد بل أيضاً لزومه ، وقد نقل السيوطي في الأشباه كلا الوجهين في جواز اشتراط الرهن أو الكفيل على المحال عليه وجعل القول بالجواز مبنياً على أن الحوالة بيع ، والقول بعدم الجواز مبنياً على أنها استيفاء ورجح الثاني (٣) .

١٩٩ - (ج) أما شرط يسار المحال عليه مما ذكره الحنفية فليس ينازع أحد أن هذا من مصالح العقد ، ومع ذلك فهناك من يرى مانعاً من لزومه لو شرط [illegible] في المعتمد عندهم ، ذلك أنهم يقولون إن [illegible] المحال عليه [illegible] في المبيع (على [illegible] بيع الدين) [illegible] الإعسار بحيث [illegible] فسخ الحوالة [illegible] مجرد وجود [illegible] على القاعدة خيار العيب [illegible]

(٢) نهاية المحتاج ٤/٤١٣

(٢) الشبراملسي على نهاية المحتاج على المنهاج ٤/٤١٣

(٣) الأشباه للسيوطي [illegible] ٢/٢٣ [illegible]

(٤) هذه الحجة للقول بأن شرط [illegible] الإعسار غير ملزم لو شرط هي حجة متناقضة تنقض نفسها [illegible] لأنهم بعد =

وهناك من يرى أنه شرط لازم كاشتراط أن يكون العبد المشترَى كاتباً ونحو ذلك من أوصاف المبيع ، فإن الخيار يثبت عند انتفاء الشرط ، وعلى هذا الحنابلة وأبو العباس بن سُريج من الشافعية وموافقوه ؛ وإن أجيب بأن هذا قياس مع الفارق لأن عدم الكتابة ليس عيباً ، وإنما هو فوات فضيلةٍ (أي وصفٍ مرغوب) بدليل أنه لو لم يشرط الكتابة لما ثبت الخيار بعدمها ، أما الإعسار فعيب ، واشتراط انتفائه غير مُجْدٍ على ما تبين (٥) .

= تشبيههم الإعسار بعيب المبيع إذا قالوا بأن اشتراط انتفائه غير ملزم تكون النتيجة أن يقولوا بأن اشتراط سلامة المبيع من العيوب غير ملزم للبائع ، وهذا لا يقول به أحد من أهل الفقه لأن اشتراط السلامة يكون تأكيداً لما يقتضيه العقد دون حاجة إلى اشتراط ، وإلا لكان التصريح بمقتضى العقد ملغيا لهذا المقتضى .

وأساس الخطأ عندهم في هذه الحجة هو في تشبيههم إعسار المحال عليه بعيب المبيع ، فإن المحال عليه ليس مبيعاً حتى يكون إعساره عيباً فيه .

فالصواب هو أن ملاءة المحال عليه مصلحة مشروعة في العقد وملائمة لمقتضاه فيصح اشتراطها ويلزم المحيل ، سواء اعتبرت الحوالة بعد ذلك بيعاً للدين كما يقول الشافعية وسواهم ، أو عقداً آخر مستقلا عن غيره كما عليه الحنفيــة .

ويمكن تشبيه الملاءة بالوصف المرغوب في المبيع إن لم يشترط صراحة لايوجب فواته خياراً وإن اشترط كان ملزماً مثل اشتراط أن تكون البقرة المبيعة حلوباً مثلا ، أو أن الثوب المبيع هو من المصدر الفلاني أو أن محرك السيارة (اليوم) بقوة كذا حصاناً ، ونحو ذلك . وهذا ماذهب إليه من الشافعية أبو العباس بن سُريج .

وقد يبدو غريباً بعد ذلك أن يكون المعتمد عند الشافعية عدم اللزوم في هذا الشرط (عدم الإعسار) إذا اشترط في عقد الحوالة مع أن قياسهم الإعسار على عيب المبيع يستوجب أن يكون اشتراط ملاءة المحال عليه ملزماً ، فليتأمل .

(خبير الموسوعة)

(٥) المهذب ١/ ٣٣٨ والمغني لابن قدامة ٥ / ٥٩

ونحن نعلم أن كثيراً من أهل العلم يجعلون إعسار المحال عليه بمجرده سبباً لخيار المحال ، أو سبباً لبطلان الحوالة نفسها (ر : ف / ١٣٤) والحوالة ليست كالبيع من كل وجــه ، ولو استقام هذا الفرق فقلّما يصــح شرط من الشروط التي تضاف الى العقــد ، وهي من مصالحه ، كيف وقــد قال الرسول صلوات الله عليه : « المسلمون على شروطهم » .

ولذا يقول ابن قدامة : «قد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع»[1] ومِن ثَمَّ لجأ السيوطي ، أو من نقل عنهم في الأشباه ، إلى بناء القول بعدم لزوم شرط اليسار على أن الحوالة استيفاءٌ والقول بلزومه على أنها بيع[2] .

٢٠٠ ـ (د) وأما شرط المحال عليه تأجيلَ الدين بالنسبة إليه بعدما كان حالاً على المحيل فقد علمنا مما سلف أن الشافعية والحنابلة يمنعون تأجيل الحالّ ، ويقولون : «الحالُّ لا يتأجّل» أي لايعتبر تأجيله ملزماً ،وأن الإمامية يوافقون على هذه القاعدة إذا لم يكن التأجيل في عقدٍ لازم. (ر : ف/١٧٤و١٧٥) .

ولكن المالكية يتوسّعون في قابلية الدين للتأجيل ما لا يتوسع غيرهم حتى إنهم ليجيزون تأجيل دَيْن القرض ، وينفذون شرطه ، وهو ما لم يقل به الحنفية أنفسهم[3] (ر :ف/ ٥٩) . ومثل الحنفية الإباضية[4] .

وكون الوعد ليس ملزماً قضاءً بالوفاء ـ رغم مافيه من خلاف ـ هو قاعدة فقهية مشهورة : فيما عدا بعضَ المستثنيات لبعضٍ منهم كالحنفية إذْ أوجبوا الوفاء بالوعد إذا جاء بصيغة التعليق ، فيما إذا وعد المشتري البائع بأن يرد إليه المبيع متى رد هذا إليه الثمن ، فيكون هذا الوعد ملزماً ويصير البيع بيعَ الوفاء[5] وكالمالكية إذْ أوجبوا الوفاء بالوعد إذا أدخل [illegible] الموعود له في كلفة [illegible] بالقرض لأجل [illegible] المهر إذا تم الزواج اعتماداً عليه[6] .

وجمهور المتقدمين لا ينازعون في القاعدة (أي عدم الإلزام قضاءً) إلا ابن شُبْرُمة فإنه أوجب الوفاء بالوعد بكل حال وكان المتبادر أن يوافقه الظاهرية ولكنهم وافقوا الجمهور ، وردوا ظواهر النصوص من مثل قوله تعالى : «كَبُرَ مَقْتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون» وقوله صلوات الله عليه في تعداد خصال المنافق : «إذا حدّث كذب ، وإذا وعد أخلف» فذهبوا إلى تأويلها لأنها ليست على إطلاقها قطعاً [illegible] أن الذي يَعِد بمعصية [illegible] أو قتل [illegible] خمس [illegible] عليه [illegible] إجماعاً [illegible] الدين وأداء نفقته [illegible] لشيء إني فاعلٌ ذلك غداً إلا أن يشاء الله» فالذي يعِد إنما [illegible] :

إما أن يطيع أمر ربه ، فيعلق الوفاء بوعده على المشيئة الإلهية أو لا [illegible] يفِ ، فتلك مشيئة الله سبحانه التي علق عليها إيفاءه لم تتحقق ولو تحققت لوفى ، وإذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، فلا مأثم ، وإن كانت الثانية فالوعد [illegible]

---

(١) المغنى ٥/٦٠

(٢) الأشباه للسيوطى ١٥٢

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم مع الحموى ٢/٢١٣

(٤) شرح النيل ٤/٤٥٠

(٥) رد المحتار ٤/٢٤٧ والمادة / ٨٤ من المجلة .

(٦) [illegible] آراء عند المالكية في الوعد [illegible] الإلزام بالوعد مطلقاً [illegible] عدم الإلزام [illegible] الإلزام إذا [illegible] الوعد [illegible] الحطاب من المالكية [illegible] في تحرير الكلام [illegible] عليش في فتاواه [illegible]

(خبير الموسوعة) ([illegible])

إنفاذ المعصية . هكذا قرره ابن حزم[1] .

الفرع الثاني

احكام الحوالة

٢٠١ – لعقد الحوالة أثران رئيسيان تتفرع من حولهما وتتشعب آثار ومستلزمات فرعية وتبعية عديدة .

فالأثران الرئيسيان أحدهما سلبي . وهو براءة ذمة ، وثانيهما إيجابي ، وهو اشتغال ذمة أخرى . فالذمة التي تبرأ هي ذمة المحيل من الدين الذي أحال به . والذمة التي تشغل هي ذمة المحال عليه . وفيما يلي سنتناول بالتفصيل شرح كل من هذين الأثرين ، وما يستلزمه من مستلزمات ، وما يتبعه من توابع ، وذلك بالترتيب التالي مقسماً على علاقات الأطراف الثلاثة بعضها ببعض ، في ثلاثة مباحث :

(١) المحلى ٨/ ٢٨ – ٣٠

ولا يخلو من تكلف في التعليل يثقل وقعه فلم لايكون الأمر بالوفاء بالعدة – المفهوم من النصوص الشارعة – على عمومه لايخرج منه إلا ما أخرجه الدليل كالوعد بالمعصية . والذى يعد، ولايعلق بالمشيئة الإلهية – على تسليم وجوب هذا التعليق – لم يعد بمعصية ، أو لايلزم ان ان يكون قد وعد بمعصية ، حتى يقال كيف يجبر عليها ، وإنمامعصيته في ترك تعليقه وهذه غير تلك .

القول:

أقوى من رأي ابن حزم رأي من يحمل الوجوب في غير حالة المعصية على حكم الديانة دون القضاء . وأوجه منهما جميعاً الرأى الراجح عند المالكية من الآراء الأربعة التي أشرت إليها آنفاً وهو أن الموعود إن دخل في السبب الذى وعد لأجله صار الوعد مازماً قضاء وإلا فلا .

ثم لايخفي أن محل البحث إنما هو في الوعد بالأمور الجائزة ، وليس في الواجبات ولا في المعاصي ، فكلا هذين النوعين يخرج عن الموضوع ، لأن الواجبات يضاف وجوبها الى السبب الموجب بحسب الدليل لا الى الوعد ، كما ان المعاصي خارجة بسبب الحظر الشرعي ، فلا يكون سوى الأمور الجائزة محلاً للنقاش واختلاف الاجتهادات في كون الوعد ملزماً للواعد مطلقاً أو بشرائط أو غير ملزم .

(خبير الموسوعة)

المبحث الأول : أثر الحوالة في علاقة المحيل والمحال .

المبحث الثاني : أثر الحوالة في علاقة المحال والمحال عليــه .

المبحث الثالث : أثر الحوالة في عـــلاقة المحيل والمحال عليه .

المبحث الأول

أثر الحوالة في علاقة المحيل والمحال

في هذا المبحث قضيتان أساسيتان :

الأولى – براءة المحيل من دين المحال ، ثم من مطالبته .

الثانية – ضمان المحيل .

وتفصيل ذلك فى المطلبين التـاليين :

المطلب الاول
براءة المحيل من دين المحال ثم من مطالبته

٢٠٢ – متى صحت الحوالة فقد فرغت ذمة المحيل ، مما كان عليه لدائنه الذي قبل الاحتيال به ، وبالتـالى لا يـكون لهـذا الدائن حق مطالبتـه ، لكن فراغ الذمة هذا ، وسقوط حق المطالبـة مقيَّدان بعـدَم التوَى (ر : ف/٣٠٢) إلا في بعض حالات استثنائية ، كما إذا أحال المحال عليه الطالب على المحيل – وسيجيء إيضاحه (ر : ف/ ٢١٠) – وكما إذا أحـال المـكاتب مولاه ، حوالةً مقيَّدَةً ، فإنه يبرأ بمجرد العقــد[2] وقـد قيـل : إن في التعبيــر

(٢) البحر ٦/ ٢٧١ وابو السعود على ملاّ مسكين ٣/ ٢١

القـول :

ظاهر كلام الاستاذ المحترم كاتب الموضوع أن براءة المحيل نهائية – على سبيل الاستثناء من القاعدة – في كل من المسألتين المذكورتين (فيما لو أن المحال عليه أحال الطالب على المحيل نفسه ، أو أن =

عن هذا الحكم من آثار الحوالة ببراءة المحيل قصوراً من ناحيتين :

أ) ـ الناحية الأولى : أنه لا يشمل براءة المدين إذا تمت الحوالة بدَيْنه دون رضاه ، إذ ليس منه إحالة حينئذ حتى يقال له : محيل[1] .

والجواب أن التحقيق في هذه الحالة أنها كفالة لا حوالة ، فلا براءة للمدين (ر : ف/٣٣) .

ب) ـ الناحية الثانية : أنه لا يشمل براءة المحيل إذا كان كفيلاً بالدَيْن ، فأحال به الدائن المكفول له ، إذ الصحيح حينئذ أنه لا دَين عليه ، فالبراءة في حقه إنما هي من المطالبة وحدها لا من الدَين[2] .

والجواب أن هذا التصحيح نفسه في حاجة إلى تصحيح ، فالحق ـ كما تدل عليه تفريعاتهم ـ أن الدَين المكفول به يثبت في ذمة الكفيل أيضاً ، ولذا يحل بموته ويؤخذ من تركته ، ولا مانع من أن يعتبر الدَين في ذمتين ما دام لا يستوفى إلا من إحداهما[3] .

٢٠٣ ـ نعم إن ثبوت هذا الأثر كاملاً بشطريه : البراءة من الدَين ومن المطالبة ، إنما هو على الصحيح في المذهب من أن الحوالة تنقل الدَين والمطالبة جميعاً من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه[4] ، وهناك قولان آخران : (أحدهما) أنها تنقل المطالبة ، دون الدَين . (والآخر) أنها لا تنقل دَيناً ولا مطالبة ، بل تضم ذمة إلى ذمة ، توثقاً كالكفالة ، فيطالب الثاني من الأول ، وعلى كلا هذين القولين لا يبرأ المحيل من دَين المحال ، والقول الأخير لزفر ، والأولان (نقل الدين والمطالبة ، أو نقل المطالبة فقط) لفريقين من متأخري الحنفية ، ويُعزى أولهما إلى أبي يوسف ، وثانيهما إلى محمد[5] . وقد علمنا مبلغ هذين العزوين من الصحة عند الكلام على تعريف الحوالة (ر : ف/ ١١-١٢)وفيما يلي بيان حجج كل رأي ، وحظها من السلامة أو الضعف[6] .

= العبد أحال مولاه ببدل الكتابة على آخر حوالةً مقيدة) .

وبالرجوع الى المراجع الحنفية المنقول عنها وغيرها (البحر ، والزيلعي ، وحاشية أبي السعود على شرح ملاّ مسكين على الكنز ، وابن عابدين) وجدنا صراحةً في أن البراءة في المسألة الأولى نهائية لا رجوع فيها بالتوى ، استثناء من القاعدة (ر : ابن عابدين ٢٩٢/٤) ، ولكن لم تقرن بها المسألة الثانية (إحالة المكاتب مولاه ببدل الكتابة) قرناً يوحي بالبراءة النهائية فيها أيضاً ، (وإنما ذكرها الزيلعي في صدد آخر لايوحي بهذا الاستثناء ، وان براءة العبد المكاتب في هذه الحوالة تكون نهائية .) وقد أشار إليها أبو السعود بطريقة ومناسبة قد توحي بالاستثناء فيها ، ولكنه عزا ذلك الى الزيلعي .

وبالرجوع الى الزيلعي (١٧٢/٤) لم نجد في عبارته ما يوحي بأن براءة العبد فيها نهائية استثناء . فهو قد أوردها في معرض التفريق بين إحالة المولى على عبده المكاتب ، أي على دين الكتابة ، وإحالة المكاتب مولاه على آخر حوالة مقيدة بما للمكاتب عنده ، وقال : ان المكاتب يَعتِق في الصورة الثانية لأن عتقه مرتبط ببراءته من دين الكتابة ، والحوالة تبرئ المحيل فيبرأ بها المكاتب ويعتق . أما في الصورة الأولى حيث يحيل المولى على مكاتبه فإن المكاتب يبقى مطلوباً لايبرأ حتى يؤدي الحوالة فلا يَعتِق بمجرد انعقاد الحوالة بل بالأداء . ولم يوردها الزيلعي على سبيل الاستثناء من تقييد البراءة بعدم التوَى .

وكون العبد يَعتِق بمجرد الحوالة لاينافي أن بدل الكتابة إذا توِيَ عند المحال عليه يرجع به المولى على العبد بعد حريته المذكورة دون ان ينتقض العتق، فليتأمل .

(خبير الموسوعة)

(١) أبو السعود على ملاّ مسكين ٢١/٣ .

(٢) البحر ٢٧١/٦

(٣) ابن عابدين على الدر ٢٩٠/٤ .

(٤) أخذ مرشد الحيران بهذا الرأي في المادة /٨٩٥/ أما المجلة فقد نصت على البراءة من الدَين فقط في المادة /٦٩٠/ . لكن يلحظ ان البراءة من المطالبة أيضاً ملحوظة فيها لأن البراءة من الدَين تستتبعها .

(٥) فتح القدير ٥/ ٤٤٥

(٦) تقدم في الكلام على تعريف الحوالة ومناقشاته الفقهية ذكرُ بعض النتائج المترتبة على أثر نقل الدين بالحوالة أو عدم نقله مما يعتبر محل بحثه الأصلي هنا في فصل الأحكام ، ولكن ضرورة الكلام على تعريف الحوالة الذى تختلف صياغته الفقهية بحسب موضوع =

حجج المذهب الأول (نقل الدين والمطالبة):

٢٠٤ - (أ) لو لم يكن الدين قد انتقل بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه - فبرئت منه الأولى وشغلت به الثانية - لما صح أن يبرئ المحال المحال عليه من هذا الدين أو يهبه له، إذ كيف يبرئ ذمة دين لم تشغل به، أو يهبه من غير من [illegible] [illegible] صحيحان [illegible] قد برئت، [illegible] قد شغلت [illegible] الإجماع.

(ب) لو لم يكن الدين قد انتقل بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فبرئت منه الأولى وشغلت به الثانية، لصح أن يبرئ المحال المحيل من هذا الدين أو يهبه منه لأنه دينه الثابت [illegible] ولكن هذا الإبراء وهذه الهبة باطلان [illegible] فلا بد أن تكون ذمة المحيل قد برئت، وذمة المحال عليه قد شغلت، وقد حكى [illegible] المجمع [illegible] صاحب البدائع [illegible] إليه [illegible] وهذه [illegible] الإجماع [illegible][4][5]

(ج) - العقود الشرعية المسماة بأسماء تعتبر فيها المعاني اللغوية لتلك الأسماء وإلا لما كان لاختصاصها [illegible]

= العقد الذي شرع لأجله والأثر الذي يترتب عليه، والمناقشات التي تقوم حوله، قد قضت بأن يتكلم [illegible] ذكر [illegible] التعريف [illegible]

وهذا قد قضى أن يعاد هنا [illegible] ذكر [illegible] تفصيله هناك، ثم الإحالة من هنا عليه [illegible] تكرار لو [illegible] وهناك في [illegible]

= [illegible] (تحرير الموسوعة)

بها من معنى[1]. والمعنى اللغــوي للحوالة هو النقل - ومنه حوالة الغراس، أي نقله - فهذا المعنى متحقق في الحوالة الشرعيــة، وقضيته: نقل ما تضاف إليه، وهو الدين، وإذ نُقل عن ذمة المحيل لم يبقَ فيهــا بالضرورة ثم لا يمكن أن ينتقل الدَين دون انتقال المطالبة به، لأنه الملزم وهي لازمةٌ، وهذه دلالة ناطقة من صريــح العقل[2].

حجج المذهب الثاني (نقل المطالبة فقط):

٢٠٥ - (أ) - الاستدلال بالمعقول لا يفيد أكثر من نقل المطالبة فحسب، إذ هو لا يقتضي أكثر من مطلق النقل الذي يتحقق بنقل المطالبة. ثم معنى التوثيق - الذي ما شرعت الحوالة إلا من أجله - يقتضي بعد نقل المطالبة أن يبقى الدَين في ذمة المحيل ليُسأل اثنان بدل واحــد.

وجوابه: بل يقتضي نقــل ما تضاف إليــه الحوالة، وهي إنما تضاف إلى الدَين لا إلى المطالبة، لأنك تقــول أحلني بالدين، أو أحلتك بالدَين، وسيأتي ما في دعوى الوثيقة من طعن.

(ب) - جميــع الإيرادات التي أوردت فيما سلف على تعريف الحوالة.

فإنها كلها في حقيقة الأمر أدلة لهذا المذهب على بقاء الدَين في ذمة المحيل. ثم هي جميعاً في نفس الوقت معارضةٌ لأدلة المخالفين. هذا، وقد سبق أنْ رأينا الأجوبة على تلك الإيرادات. مما يؤيد نظر من يقول بنقل الدَين والمطالبة جميعاً. فلكل من الرأيين دلائل وحجج تشهد له، ولكن القــول

---

(١) البحر ٦ / ٢٦٦

(٢) البدائع ٦ / ١٧

بنقل الدّين هو الأظهر والأشهر [١] .

حجج المذهب الثالث (ضم الذمتين دون نقل) :

٢٠٦ - (أ) - إن الحوالة تقاس على الكفالة ، بجامع أن كُلًّا منهما عقد يُراد به التوثّق لوفاء الدّين : فكما لا يبرأ المدين الأصيل في الكفالة لا من الدّين ولا من المطالبة ، لا يبرأ في الحوالة كذلك .

وجوابه : إننا لا نسلم أن الحوالة عقد توثّق كالكفالة ، لأن اللغة قاضية أنها ليست كذلك ، فمعنى الحوالة في اللغة : النقل ، وهو لا يقتضي التشريك في تحمل التبعة . ومعنى الكفالة في اللغة : الضم ، فمقتضاها بقاء ما يضم إليه لمعنى التوثق .

وإذا سلمنا بأنها للتوثق لا نسلم أن التوثق لا يكون إلا بالتشريك في المطالبة والإبقاء على اشتغال ذمة المحيل ، بل يكفي لتحقيق معنى الوثيقة أن يتحرى في الحوالة أن تكون على أفضل من الأول وأجدى منه على المحال : بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل أو أعجل قضاء .

(ب) - لو كانت الحوالة تنقل الدّين أو المطالبة لما ساغت بغير رضا المحيل ، إذ كيف يُنقل ما تعلق بذمته دون إذنه ؟

وجوابه : ما سلف نقله عن الكمال بن الهمام من أن التحقيقَ في هذه المسألة (الحوالة بغير رضا المحيل) كونُها ليست من الحوالة في شيء ، وإنما هي كفالة فحسب ، فلا يُعترض على طبيعةٍ بأُخرى [٢] .

(ر : ف/٣٣) .

رأي غير الحنفية :

٢٠٧ - إذا استثنينا قولاً ضعيفاً عند الإباضية وروايةً غير مشهورة عند الإمامية يوافقان ماقيل [٣] أن الحسن البصري كان يراه من أن الحوالة لايترتب عليها براءة المحيل ، إلا إذا أبرأه المحال - أمكننا أن نقول : إنه لا ينازع أحد من أرباب المذاهب الأخرى في ترتب هذا الأثر ، أو هذا الحكم ، بشِقَّيْه (نقل الدّين والمطالبة معاً) . إلا أنَّ منهم من ينازع في تقييدهما بعدم التَوَى ، أو ينازع في تفسير التوَى نفسه (ر : ف/١٧) .

وليس في المذاهب الأُخرى مثلُ خلاف الحنفية في حقيقة الحوالة : أهي نقل دَين ومطالبة ، أم نقل مطالبة فحسب ، أم لا هذا ولا ذاك ؟ بل هم مُطْبِقون على أنها نقل دَين وتتبعه المطالبة ، على نزاع بينهم في معنى هذا النقل (ر :ف/ ١٣-١٥) .

نتائج هذا الحكم أو هذا الأثر :

٢٠٨ - مما يترتب على كون الحوالة تنقل الدّين والمطالبة معا النتائج التالية :

(أ) - متى بَرِئَ المحيل وكان له كفيل ، برئ كفيله تَبَعاً ، إذ لا معنى لمطالبته بدَين لا وجود له .

٢٠٩ - (ب) - لو أحال الكفيل المكفول له

---

(١) لعل السبب في تعارض الأدلة والشواهد على كلا النظرين أنه يكاد يكون من المتفق عليه بين الجميع أن للحوالة أحكاماً استثنائية من كل قاعدة تؤسس الحوالة عليها نظراً لمعنى الإرفاق الذى فيها ، فمن ثَمّ وجدت فيها أحكام متفق عليها ذات دلالات متعارضة .

(٢) فتح القدير ٥/٤٤٥ والبدائع ٦/١٨ وإذا انتهينا إلى هذا الحد ، وانهارت دلائل المذهبين الثانى والثالث وسلمت دلائل الأول ، ساغ أن نتلقى هذا الأول باعتباره المصحّح في المذهب حقاً .

(٣) الذى رواه ابن حزم في المحلى من طريق ابن أبي شيبة بسنده : أن الحسن وابن سيرين كانا يريان الكفالة والحوالة سواء ، في براءة ذمة الأصيل (المحلى ٨/١١٣) ولعل هذا أوثق .

على غير المدين المكفول (الأصيل) برئ الكفيل المحيل والمَدين الأصيل معا، لأن الحوالة باطلاقها تنصرف إلى الدَين، وهو على الأصيل، فيبرأ الأصيلُ أولاً، ثم الكفيلُ المحيل تبعاً، هذا مالم يُنَصَّ في الحوالة على براءة الكفيل المحيل وحده فحسب، وإلا برئ هو وحده، قياساً على صلح الكفيل مع الطالب في الموضعين، ثم إنّ تَوِيَ المالُ عاد الدائن المحال على أيهما شاء وفقاً للحكم العام في الحوالة عند الحنفية [١].

وهذه القضية (أي براءة المكفول والكفيل معاً أصالةً وتَبَعاً إذا أحال أحدهما الدائن) لاينازع فيها الشافعية ولا الحنابلة [٢].

ويقول صاحب «تذكرة الفقهاء» من الإمامية: «لو كان عليه ألف ضمنه رجل، فأحال الضامن صاحب الدَين برئت ذمته وذمة المضمون عنه، لأن الحوالة كالتسليم» [٣].

فأنت ترى أنهم موافقون في هذا القدر، أما إحالة الأصيل المضمون له فلا تتصور عندهم، لأنهم يرون أن الأصيل يبرأ بالنسبة للمضمون له بمجرد الكفالة كالحوالة [٤].

أما المالكية فيوافقون على براءتهما بإحالة الأصيل، لأن الكفيل تَبَعٌ له، لكنهم ينازعون في العكس: إذ لايبرأ الأصيل عندهم بإحالة الكفيل وإنما يبرأ الكفيل وحده لأن الأصل لايتبع الفرع [٥].

ومما يتصل بهذه المسألة ما يقوله الحنفية:

٢١٠ - (ج) - «إن الكفالة متى انعقدت بأمر المكفول عنه فإنها توجب دَينَيْن: دَيناً للطالب على الكفيل، ودَيناً للكفيل على المكفول عنه، إلا أن هذا الأخير مؤجَّل إلى وقت الأداء» [٦]. ومعنى هذا أنه يتسنى للكفيل أن يحيل المكفول له على الأصيل حوالةً متقيِّدة بدَينه هذا عليه، فإذا قبل الأصيل والمكفول له برئ الكفيل، لكنْ براءةً مؤقتةً بعدم التَوَى - على قاعدة براءة المحيل - وهي من وقائع الفتوى، بخلاف ما إذا أحال المحال عليه الطالب على المحيل، فإنه يبرأ بهذه الحوالة براءة مؤبَّدة لا رجوعَ بعدها عليه وإن تَوِيَ المال الذي على الأصيل، لأنه هو المحيل الأول فالقرار عليه [٧] (ر: ف/ ٣٢٤).

أما الشافعية فعندهم أن الكفيل الضامن، ولو بالأمر، لا يثبت له في ذمة المضمون عنه شيءٌ بمجرد الضمان فلا مجال للقول بأنه تصح حوالة الكفيل أو غير حوالته، ولذا يقول الخطيب في شرح المنهاج «لو أبرأ الضامنُ الأصيلَ، أو صالحه عما سيغرم في ماله، أو رهنه الأصيل شيئاً بما ضمنه أو أقام به

---

(١) البحر وحواشيه ٢٦٩/٦ و ٢٧١

(٢) المهذب ٣٤٢/١ ونهاية المحتاج ٤ / ٤٤٤ والمغني لابن قدامة ٥ / ٨٣ والفروع ٢/ ٦٢٣ ومطالب اولى النهى ٣ /٢٩٦ و٢٩٨

(٣) تذكرة الفقهاء ١١٢/٢

(٤) تذكرة الفقهاء ٩٣/٢

(٥) الخرشي على خليل ٢٤٣/٤

وهو كلام حسن الجَرْس، ولكن أى طائل تحته؟ ماداموا هم أنفسهم معترفين بأن الحوالة كالقبض، كما وقع في كلامهم غير مرة، ومن ذلك قول الخرشي نفسه: «بمجرد الحوالة يتحول حق المحتال على المحال عليه، وتبرأ ذمة المحيل لأن الحوالة كالقبض». (الخرشي على خليل ٢٣٥/٤).

(٦) البحر ٢٦٩/٦

(٧) حواشي البحر ٢٦٨/٦ و ٢٦٩

كفيلاً لم يصح ، لأن الضامن لا يثبت له حق بمجرد الضمان » [1] .

هذا كلام الشافعية ، وهو الذي اعتمده الإباضية ، وعندهم فيه قول آخر يتفق مع ماقرره الحنفية ، ويزيد بأن للضامن الرجوعَ على المضمون عنه قبل أن يؤدي عنه [2] . ومما أطلقوه [3] نصُّهم على أنه « يمتنع الرهن بالمُسْلَم فيه قبل حلول أجله ، لكن تجوز كفالته وإعطاء الكفيل رهناً بما كَفَل » [4] .

٢١١ – (د) – لو أن المشتري أحال البائعَ بالثمن ، أو أنَّ الراهنَ أحال المرتهنَ بالدَين ، أو أن الزوج أحال زوجته بصَداقها – سقطت حقوقهم في حبس المبيع ، وحبس الرهن ، وحبس المرأة نفسَها ، إذ ليس مزيدُ التوثُّق بحبس الحق عمن برئت ذمته إلا محضَ الظلم . بخلاف مالو عكست الحال (فكان المحيل هو الدائن لا المَدين) بأن كان البائع هو الذي أحال دائنه على المشتري ، والمرتهن هو الذي أحال على الراهن ، والزوجة هي التي أحالت على زوجها ، فإن التوثُّق بحبس الحق يبقى ، لبقاء اشتغال الذمة بمقابله .

وللمسائل الثلاث وجهٌ آخَر للقياس ينعكس به الحكم في كلتا الحالين : إذ في الحالة الأُولى (الحوالة من المدين) تعتبر مطالبة المحال عليه كأنها مطالبة المحيل ، لقيامه مَقامه ، فقد يقال : لا ظلم إذن في التوثق بحبس حقه عنه ، حتى يعلم مصير تلك المطالبة . وفي الحالة الثانية سقطت مطالبة مَن الوثيقةُ بيده ، فلا يحق له حبسها .

وهذا الوجه الآخر هو الذي لَحَظه محمد في « الزيادات » فأعطاه هذا الحكم الأخير . وليس معناه أنه ينازع في كون الحوالة تنقل الدين ، كما نبهنا عليه من قبل [5] (ر : ف/١١) .

وسقوط حق حبس المبيع ، وحبس الرهن ، وحبس الزوجة نفسها – بعد الحوالة بالدَّيْن لا عليه – وقول محمد بن الحسن بعكس ذلك ، لا يتفقان مع مقررات الشافعية والحنابلة ، إذ عندهم أن حق الحبس يسقط بالحوالة على كل حال ، سواءٌ كانت حوالةً بالدَّيْن أم عليه [6] . بَيْدَ أنهم يعللون بأن الحوالة كالقبض ، أو كالتسليم [7] .

٢١٢ – (هـ) – إن هبة الدين ، أو الإبراء منه ، أو أخذ رهن به ، كان قبل الحوالة حقّاً للدائن تجاه المدين دون غيره ، أمّا بعد الحوالة فبالعكس إذ يصبح حقّاً للدائن تجاه المحال عليه دون المحيل [8] .

٢١٣ – (و) – لو مات المحيل حوالة مطلقة ، لا يأخذ

---

(١) شرح المنهاج ٢/٢٠٩

(٢) شرح النيل /٤/٦٦٦ و ٦٧٤

(٣) وهو متفرع على هذا القول غير المعتمد .

(٤) شرح النيل ٤/٣٩٩

(٥) ابن عابدين على الدر ٤/٢٩١ – ٢٩٢

(٦) مغني المحتاج ٢/١٩٥ والفروع ٢ / ٦٢٣ ومطالب اولي النهى ٣/٢٩٦ و٢٩٨ .

(٧) مطالب أولي النهى ٣/٢٩٦

ولايظهر وجهه في حالة الحوالة على الدَّين كما هو واضح ، رغم مايقال : من أن المحال عليه (إذا قَبِل الحوالة ، عند شارطي قبوله) يصير كأنه قضى دينها بذمته . (تذكرة الفقهاء ٢ / ١٠٦) فهو في الحالين لم يقبض الدَّين حقيقة بعد ، والتوثيق إنما كان من أجل هذا القبض ، فلو قال قائل ببقاء الوثيقة إلى أن يحصل القبض فعلاً ، لكان جديراً بالقبول ، والمسألة اجتهادية خِلْوٌ من النصوص الشارعة والإجماعات . وأيّاً ماكان فهو قول ملفَّق من قولين لأهل الفقه ، فلم ينفرد بشيء في أيٍ من الحالين – وقد يؤيده الاعتبار بالوارث .

(٨) البحر ٦/٢٦٧

المحال الدَّين من تركته ، لأن الحوالة باقية ومقتضاها براءة ذمته ، ولكنه يأْخذ كفيلاً من ورثته أو من الغرماء ، لئلا يَتْوَى حقه .

٢١٤ – (ز) – لا يؤثر في ترتب هذا الأثر (براءة المحيل) إنكار الطالب المحال للحوالة متى سقط إنكاره هذا في فصل الخصومة عند القاضي .

وفي هذا المعنى يقول صاحب البزازية : « زعم المديون أنه كان أحال الدائن على فلان وقَبِله ، وأنكر الطالب : سأل الحاكم من المديون البينةَ على الحوالة ، إن أحضرها والمحتال عليه حاضرٌ قُبِلت وبرئ المديون ، وإن غائباً قُبلت في حق التوقف إلى حضور المحال عليه . فإن حضر وأقرّ بما قال المديون برئ ، وإلا أمر بإعادة البينة عليه ، وإن كان الشهود ماتوا ـ أو غابوا ، حلف المحتال عليه . وإن لم يكن للمديون بينة ، وطلب حلف الطالب حلف بالله ما احتال على فلان بالمال ، فإن نكل برئ المطلوب »[١] .

المطلب الثاني
المحيل ضامن لدين الحوالة

٢١٥ – هذا الحكم أساسي مقرر عند الحنفية لما سيأْتي في الفصل الثالث من أنه إذا عجز المحال عليه عن الوصول إلى حقه من طريق المحال عليه ، فإنه يرجع على المحيل بدَينه ، كما كان أولاً . ولولا هذا الضمان لما استقام ذلك ، لكنه ضمان باعتبار المآل لا باعتبار الحال ولو شرط ضمانه في الحال لصارت كفالة[٢] .

٢١٦ – وهذه القاعدة (الرجوع عند التَّوَى) ينازع الحنفيةَ فيها جمهورٌ أهل الفقه إلا من شذ ، وسيجيءُ الكلام مفصلا في موضعه (ر : ف/٢٩٧) .

(١) البحر ٦/٢٧٢

(٢) الخانية بهامش الفتاوى الهندية ٣/٧٨

المبحث الثاني
أثر الحوالة في علاقة المحال والمحال عليه

٢١٧ – فصلنا في المبحث الاول كل ما يتعلق بالأثر الأول (السلبي) من آثار الحوالة الرئيسية وهو براءة ذمة المحيل وما يتعلق به من أمور متفرعة .

والآن نتكلم عن الأثر الثاني (الإيجابي) وهو اشتغال ذمة المحال عليه تجاه المحال ، وما يتفرع عن ذلك ويتبعه .

فالمقرَّر بإجماع فقهاء المذاهب أن الحوالة تشغل ذمة المحال عليه بحق أنشأته الحوالة للمحال ، وان اختلفوا في طبيعة هذا الاشتغال : هل هو انتقال الدين ، أو المطالبة به أو مجرد اشتغال ذمة جديدة دون انتقال (كما في الكفالة) الخ . . . مما سبق تفصيله في البحوث الماضية .

فالمهم أن الحوالة كما أحدثت براءة في ذمة المحيل على اختلاف في نوع هذه البراءة ودرجتها ، قد أحدثت شَغلاً في ذمة المحال عليه .

ويتفرع عن هذا الشَغل بحوث فرعية وتبعية نتناولها بالتفصيل في المطالب الخمسة التالية :

المطلب الأول : ثبوت ولاية للمحال في مطالبة المحال عليه .

المطلب الثاني : ثبوت حق المحيل في ملازمة المحال عليه .

المطلب الثالث : عدم جواز امتناع المحال عليه عن الدفع .

المطلب الرابع : حق المحال عليه في الرجوع على المحال (القابض) في الحوالة الباطلة ..

المطلب الخامس : الضمانات والدفوع .

المطلب الاول
ثبوت ولاية للمحال فى مطالبة المحال عليه

٢١٨ ـ وهي مطالبة بدَين ثابت في ذمة المحال عليه (على المصحَّح في المذهب من أن الحوالة تنقل الدَين أيضاً ، لا المطالبة وحدها) أو هي مطالبة بدَين ثابت في ذمة المحيل بناءً على أنها وثيقة بالدَّيْن ولا تنقل الدَين ، سواء نقلت المطالبة أم لا . وعلى كل حال فهذه الولاية ليست أثرًا مباشرًا لصحة الحوالة ، بل بواسطة الأثر السابق : أعني اشتغال ذمة المحال عليه بحق المحال . (ومعلوم أنه حين يكون له حق مطالبة المحيل أيضاً ، بسبب اشتراط عدم براءته ، تكون الحوالة قد تجاوزت نطاقها وصارت كفالة) .

ثم قد تسقط هذه الولاية قبل الإيفاء ـ إمّا باختيار المحال ، وإمّا بغير اختياره .

فمن الحالة الأُولى) ـ أن يبرئ المحال المحال عليه إبراء إسقاط أو إبراء استيفاء ، وتُعتبر هذه الأخيرة إقرارًا بالوفاء [١] .

ومن الحالة الثانية) ـ أن يقدِّم المحيل وفاء دَينه ، إذ المحال يُجبر حينئذ على قبول هذا الوفاء كما أسلفناه في الإيراد الثالث على التعريف (ر : ف/٢٦) .

٢١٩ ـ اشتراط عدم براءة المحيل في عقد الحوالة ، قد علمنا الخلاف في أنه هل يجعلها كفالة ، أو يفسدها (ر : ف/٩٥ و٢٩٨) .

(١) البحر ٦/٢٤٩ والزيلعي وحواشيه ٤/١٥٧

٢٢٠ ـ أما إجبار المحال على قبول إيفاء دينه من المحيل ، فلم نجد أحدًا عدا المالكية ، يوافق عليه بصريح العبارة أو ما يشبه صريحها ، إلا إذا كان بسؤال من المحال عليه ، لأنه حينئذ نائب عنه في إقباض الطالب ، أما المبادرة التِلْقَائية فإن المحيل يكون بها متبرعاً ، حتى إنه لا يستحق الرجوع على أحد (خلافا للحنفية) فهي منه مِنَّة ، ولا يوجِب أحد قَبول المِنَن إذا استثنينا المالكية عند اللجوء إلى القضاء : فهم عندئذ فقط يوافقون الحنفية على هذا الإجبار [٢] .

المطلب الثاني
ثبوت حق للمحال فى ملازمة المحال عليه

٢٢١ ـ سبق أن تناولنا هذا الحق عند بحث حق المحال عليه في ملازمة المحيل (ر : ف/٢٤٢) ولا خلاف في هذا الحق نفسه ، وإن كان قد يعرض الخلاف في بعض النتائج المترتبة عليه . فمن المقرر ـ مثلاً ـ أنه إذا كان بالدَين أكثر من ضامن ، وأحيل عليهم جميعاً ، فإن للمحال ـ كما نص عليه الشافعية والحنابلة ـ أن يطالب كلَّ واحد منهم : إن شاء بجميع الدَين ، وإن شاء ببعض منه . [٣] وإذن يتوجه السؤال التالى : إذا أحال الدائن بدَينه على اثنين كَفَلاه له معاً ـ كما لو قال أحدهما : ضمنت لك أنا وهذا ، ما لك على فلان ، وقال

(٢) الخرشي على خليل ٤ /٢٤١ ونهاية المحتاج ٤ /٣٧٨ ومطالب أولى النهى ٣ /٢٢٥ و ٢٣٠ وتذكرة الفقهاء ٢ /١٠٧ ولكن المسألة مبنية على أصل آخر : هل الحوالة مبرئة للمحيل إبراء مطلقاً أم إبراء مشروطاً ؟ والقياس أن لايوافق الحنفية إلا من يوافقهم على أن إبراء الحوالة مشروط ، لامطلق . وقد فرغنا من ذلك سلفاً (ر : ف/١٧) .

(٣) البجيرمي على المنهج ٣/٢٣ ومطالب اولي النهى ٣ / ٢٩٧ و٣٢٢

الآخـر : نعم – فبماذا يطالب المحال كُلّاً منهما ؟

جواب هذه المسألة ينبني على جوابِ أصلِها : وهو بماذا كان يطالب المحيل نفسه كُلّاً منهما ؟ وهي من وقائع الفتوى . وفيها وجهان :

أحدهما : أنه يطالب كُلّاً منهما بجميـع الدَين – ولنفرض أنه ألف – قياساً على ما لورهنا به بيتهما المشترك ، فإن حصة كل منهما تكون رهناً بجميع الألف .

والثـاني : أنه يطـالب كُلّاً منهمـا بخمسمائة لا غير ، قياساً على ما لو اشتريا بيتـاً بـألف ، فإن الثمن يكون بينهما مناصفة .

ثم احتدمت المناقشة : فرُدَّ الوجه الأول بأنه يقيس على ضعيف، وأن الأصح في مسألة الرهن أن حصة كل منهما تـكون مرهونة بخمسمائة فقط .

ورُدَّ الوجه الثاني بأنه يقيس مـع الفارق ، لأن الثمن عوض الملك ، فبقدر ما يحصل للمشتري من الملك يجب عليه من الثمن ، وليس كذلك الكفالة ، فإنها وثيقة ومعروف وليست معاوضة [١] .

(١) يبدو أن الوجه الأول أقوى ، بل قد يقال : لا وجه للثانى أصلاً ، إن كان القياس الذى سبق له هو جِماعُ حجته ، إلا أن المتأخرين من الشافعية مالوا إلى هذا الوجه الثانى الذى يبدو أضعف الوجهين ، استرواحاً الى أن شغل الذمة بما زاد على الخمسمائة موضع شك . بل جزم به المالكية والحنابلة والإباضية (الخرشي على خليل ٤ /٢٤٧ ومطالب أولي النهى ٣٢٢/٣ وشرح النيل ٤ / ٦٦٨) ولكن هذا لم يحسم عرق النزاع ومازال العلماء في كل عصر يتجاذبهم جانباه ،والوجه الأول أفقه – إلا أن ينص في الكفالة على اقتسام الضمان ، كما أنه لو نص على عدم اقتسامه ، فلاكلام في مطالبة كل منهما بالكل ، إذ يكون عندئذ تضامناً لاضماناً فقط . هذا ، وفي توجيه الرأي الأول والاحتجاج له فتوى مطوّلة لتقى الدين السبكى ، فليرجع إليها في فتاويه (ر : فتاوى السبكى ٣٧٢/١ – ٣٧٥ ومغني المحتاج على المنهاج ٢ /٢٠٨ ونهاية المحتاج على المنهاج ٤٤٤/٤) .

المطلب الثالث

عدم جواز امتناع المحال عليه عن الدفع

٢٢٢ – يلزم المحال عليه بالأداء إلى المحال بمقتضى عقـد الحوالة ، وليس له الامتناع سواءٌ وقع التزام الدفع في الحوالة بلفظ الحوالة أم بما في معناها .

٢٢٣ – (أ) فلو قال المدين لآخر : اضمن لدائني هذا واكفنيه مقدار كذا من المال هو له عليّ وتـم القبول ، لم يكن لهذا الآخر أن يمتنع عن الدفـع ، لأنه قد التزم المال ، ثـم إذا أداه استحق الرجـوع على المضـمون عنه الذي وقَع معه عقد الالتزام .

بخلاف ما لو قـال له : ادفـع (مكان اضمن) فإن له أن يمتنـع عن الدفـع ، لأنه لم يلتزم شيئاً للمدفوع له ، فإذا دفع لا يكـون رجوعـه إلا على المدفوع إليه ، لأنه لا يثبت له حق الرجوع بالأمر ، بل بالدفع ، فيجب أن يـكون على المدفوع إليـه ، لا على الآمر – إلا أن يكون خليطاً له : بأن يكـون من أفراد عائلته أو أحد خدمه ، أو شريـكاً في المال (وقيدوه بشركة العِنان) [٢] ، أو صديقاً يجـري بينهما التعامل المالى على السهولة أخـذًا وعطاءً ، هذا هو مـذهب الإمام أبي حنيفة واختيار محمـد وأبي يوسف أولاً ، ثـم رجـع عنه أبو يوسف إلى الرجوع على الآمر مطلقاً [٣] (أي سـواءٌ قال له : اضمـن ، أو ادفـع) بحجة أمره إيـاه بالدفـع لغيره كأمره إيـاه بالدفـع إليـه نفسـه ، وفي هـذه الحـال

(٢) لعله لأن الشريكين في شركة المفاوضة شخص واحد حكما في احكام تجارتها وما يجرى مجراها .

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٠ / ٥٦ و ٥٨ والبحر ٢٤٣/٦ / ٢٤٤ وابن عابدين على الدر ٤ /٢٧١ وينبغى أن يلحظ أن فرض المسألة الخلافية هذه ورأي أبي يوسف إنما هو فيما إذا أتى الآمر بكلمة «عنّي» فقال له: ادفع عنّي أو مايدل على معناها.

يضمن له ما يدفعه إليه ، فكذلك يجب أن يضمن له ما يدفعه لغيره بأمره .

٢٢٤ ـ (ب) إذا تعلل المحال عليه بعلة توجب براءة المحيل ، ليبرأ هو معتذرا بذلك عن الدفع ، فهل تُقبل تَعِلّته ، وتُسمع دعواه ؟ تقدم في الفقرة (٢٣٢) ان هذا لا مساغ له إلا في غَيبة المحيل ، أو بطريق النيابة الشرعية عنه ، وأن فقهاء الحنفية يفرّقون في ذلك بين حالتين :

(الحالة الأُولى) : حالة ادعائه أمرًا مستنكرًا أو وقوفه موقف المتناقض .

وفي هذه الحالة لا تُسمع دعواه ، مثال ذلك: أن يزعم أن دَين الحوالة لا وجود له أصلاً على التحقيق ، لأنه ثمن خمر باعها مسلم ، أو لأنه صَداق امرأةٍ نكاحها فاسد لكذا وكذا ، فلا تسمع دعواه ، وإن كان معه بينة لا تُقبل ، لأنه أولاً يدعي أمرًا نُكرًا ليس بالظاهر من شأن المسلمين ، ولأنه ثانياً متناقض مع نفسه : إذ قَبوله الحوالة يكذّب دعواه [1] ، هكذا قالوا [2] .

(والحالة الثانية) : حالة عدم النكارة والتناقض كليهما .

(١) البحر ٦ / ٢٧١

(٢) وفي التوجيه الثانى (اي التعليل بالتناقض) نظر واضح ،لأنه قد يقبل وهو يجهل حقيقة الحال ، ثم يتبين له بعد .

القول :

هذا التنظير من الاستاذ كاتب الموضوع غير وارد على التوجيه الثانى ، لأن من المقرر عند الحنفية أن التناقض يمنع الدعوى ما لم يرتفع بأحد أسباب ثلاثة ترفعه ، ومنها : توفيق المتناقض بين كلاميه ، ومن صور التوفيق المقبول في مثل هذه الحال ان يقول : لم اكن أعلم بذلك ثم علمت اذا كان الموضوع محل خفاء (ر: المجلة / ١٦٥٣ ـ ١٦٥٦)

(خبير الموسوعة)

وفي هذه الحالة تسمع دعواه ، وتقبل بينته ، لأنه يدعي مشبهاً ، ويبرهن عليه ، مثال ذلك ، ان يدعي أن دين الحوالة صداق امرأة كانت أبرأت منه زوجها المحيل ، أو ان الزوج قد نقدها إياه بعد ، أو باعها به شيئا واقبضها .

وهكذا إذا كان المحيل نفسه حاضرًا ، وادعى مُبرِئاً ، ليبرأ هو أولاً ، ثم يبرأ المحال عليه تَبَعاً ، أعني أنه يكون على النحوين الآنفين : إما مرفوض الدعوى ، أو مقبول البينة [3] .

٢٢٥ ـ (ج) نعم إذا قيدت الحوالة :

١ ـ بأن يكون الوفاءُ من ثمن دار المحيل مثلاً ، أو غير داره من سائر أمواله . وكان ثَمّ إذنٌ سابق ببيعها.

٢ ـ أو بأن يكون الوفاءُ من ثمن مال للمحال عليه نفسه :

فإنه لا يجبر في الحالين على البيع ، ومعنى ذلك أنّ له الامتناعَ عن الدفع حينئذ ، وهو أن الحوالة بشرط الإعطاء من ثمن دار المحيل حوالةٌ فاسدة ، لأنه لا يقدر على بيع دار ليست له . فإن كان ثَمّ إذنٌ سابق من صاحب الدار ببيعها صحت الحوالة ، لانتفاء المانع ، لكن لا يجبر على البيع لأن وجوب الأداء متوقف عليه ، فإذا باع يجبر على الأداء ، كما لو قبل الحوالة إلى الحصاد ، فإنه لايجبر على الأداء قبله ، وكما لو قبل الحوالة على أن يؤدي من ثمن داره هو ، فإنه لا يُجبر على الأداء حتى يبيع مختارًا . نعم إنْ شُرط البيع نفسه في صلب العقد أُجبر عليه ، قياساً على الرهن إذا شُرط فيه

(٣) البحر ٢٧١/٦ .

بيـع المرهون عنـد عـدم الوفاء ، فإنه يـكون شرطاً ملزماً ، لا يملك الراهن الرجـوع فيـه [١] (ر : ف/ ١٣٣) .

والتعلّل للامتناع عن الدفع بأن الدفع مقيَّد بالبيع الذي سيـكون من ثمنه ، كما وقع التشارط دون أن يـكون هذا البيع نفسه مشروطاً في العقد : سـواء كان الشيء الذي سيباع للمحـال عليه ، أو للمحيل بإذنه هذا لا يجيء عند غير الحنفية ، إذ لا تصح الحـوالة نفسها عندهم على هذا النحو ، لأنهم – على خـلاف الحنفية – يشرطـون في المـال المحـال عليه أن يـكون دَينـاً ثابتاً عند الحوالة في ذمـة المحـال عليـه (ر : ف/ ٦٢ و١٤٧) .

٢٢٦ – فإذا دفع المحـال عليه إلى الطالب المحال برئ ، ويقوم مقام دفعه إليه في براءة ذمتـه ، أن يحيل بالدَين على آخر ، أو أن يرث الدَين أو أن يُبرئه الطالب منه – ولو لم يقبل هو – أو يهبـه إياه ، أو يتصـدق به عليه [٢] ، أو يتبرع أجنـبي بقضائه ، فإنه يعتبـر قضاءً عن المحـال عليـه .

ثم إذا ملك المحال عليه الدَين بأحد أسباب الملك ، كالإرث والهبة والصدقة ، كان له حق الرجـوع به على المحيـل ، كما أن المتبـرع له حـق الرجوع على الطالب إذا أبـرأ المطلوب [٣] .

٢٢٧ – لا خلاف في جـواز امتناع المأمور بالدفع عنه ، ما دامت الصيغة ليست صيغةَ ضمان . إلا أنَّ المالـكية يرون مجرد الأمر بالدفع إلى الدائن مع قبول المأمور من قبيل الحَمالة [٤] ، لـكن مع وجـود الأمر وعدم قصد التبرع من الدافع ، يحق للدافـع الرجوع على الآمر عند جماهير أهل العلم ، كمذهب أبي يوسف نزولاً على حكم العرف ، ويرى أبو حنيفة عدم الرجوع بحجة أنه ليس من ضرورة الأمر بالدفع إلى الدائن ، أو الإذن فيه ، الرجوعُ على المدين ، فقد يكون مقصود الآمر أن يتبرع له المأمور ، ما لم يكن في صيغة الأمر ما يشعر بقصد الرجوع . ويوافق أبا حنيفة في هذا فريقٌ ، منهم الحنابلة وبعض الشافعية [٥] ، وقد تقدم الكلام في ذلك وتعليل رأي أبي يوسف (ف / ٢٢٣) .

المطلب الرابع
رجوع المحال عليه على المحال القابض في الحوالة الباطلة

٢٢٨ – سيأتي تفصيل هذه الحالة بمناسبة بحث حق المحال عليـه في الرجوع على المحيـل فليرجع إليه (ر : ف/ ٢٥٧ – ٢٥٨) .

---

(١) هكذا جمع صاحب الظهيرية بين قولَي إطلاق الإجبار وإطلاق عدمه ، وهو حسن . البحر على الكنز ٦ / ٢٦٩ وابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٢٩٥ .

(٢) عللوا عدم ارتداد ابراء المحال للمحال عليه اذا أبرأه فلم يقبل ، عللوه بأن هذا الإبراء إسقاط محض أى إعفاء له من المسئولية عن الدين ، وكذلك عللوا في الكفالة عدم ارتداد إبراء الكفيل إذا رد الإبراء ، بخلاف إبراء الأصيل فإنه يرتد برده لأن فيه معنى تمليك الدين (رد المحتار ٤ / ٢٩٤ و ٢٧٤) .

ولأبي زيد الدبوسي ضابط جيد، يُنتفع به في هذا المقام وفي غيره (الحموى على الأشباه ٢ / ٤٣) فنورده هنا بنصه فهو يقول : « ... الصدقة بالواجب في الذمـة إسقاط – كصدقة الدّين على الغريم وهبة الدّين له – فيتم بغير قبول ، وكذا سائر الإسقاطات ، تتم بغير قبول ، إلا إذا كان فيه تمليك مالٍ من وجه ، فيقبل الارتداد بالرد ، وما ليس فيه تمليكُ مالٍ لم يقبل الرد كإبطال حق الشفعة والطلاق » .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموى ٢ / ٤٤ والبحر ٦ / ٢٧٣ وابن عابدين على الدر ٤ / ٢٩٤ .

(٤) المدونة الكبرى ١٣ / ٦٧ .

(٥) مغنى المحتاج ٢ / ٢١٠ ومطالب أولى النهى ٣ /٣٢٣ والبحر الزخار ٥ / ٧٧ وتذكرة الفقهاء ٢ / ٩٤ .

المطلب الخامس

الضمانات والدفوع

٢٢٩ ـ علمنا أن الحق الذي اشتغلت به ذمة المحال عليه هو الدّين الذي كان في ذمة المحيل ـ على ما هو الصحيح في المذهب ـ وما يتبعه من حقوق ، وهنا يَعرِض تساؤل ذو بال عن مسألتين تتعلقان بهذا الاشتغال أو الانتقال ، وهما :

١ ـ هل ينتقل الدين بضماناته التي كانت له في المحل الأول (ذمة المحيل) ، أم لا ؟

٢ ـ هل يستفيد الدين في المحل الثاني (المحال عليه) شيئاً من الضمانات لم يكن له في المحل الأول ؟

(أولا)

هل ينتقل الدين بضماناته ؟

٢٣٠ ـ نجد في كلام فقهاء الحنفية ما قد يشعر بأن الدين ينتقل بضماناته ، لأنهم يستعملون في التعبير عن انتقاله صيغَ عمومٍ تشمل تلك الضمانات : فهم مثلاً حين يعللون لماذا تكون الحوالة بدين حالٍّ على المحال حالّةً كذلك على المحال عليه ، وبدين مؤجّلٍ مؤجّلةً ؟ يقولون : «لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصيل ، وإنما يتحول بالصفة التي كانت على الأصيل» [1] .

[ولكن يبدو أن هذا التعميم غير مقصود إلا فيما يشبه الأجل من وجوه الدفع والتبري التي كانت للمدين . ولذا حين يعالجون مسائل التأمينات والضمانات ، نجدهم قاطعين بنفي انتقالها ، بل بانقضائها بمجرد إبرام عقد الحوالة] .

مثال ذلك هذا النص من البحر الرائق ، وهو حاسمٌ في الضمان ، إذ يقول في المدين المكفول : «إذا أحال الأصيلُ الطالبَ بَرِئا» [2] (أي برئ المدين المحيل وكفيله أيضاً) ولم يقل : بَرِئَ الأصيلُ وبَقِيَ الكفيل كافلاً بالدين في محله الثاني .

وهذا النص الآخر ـ في التأمينات والتوثيقات على العموم ـ : «لو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ، لم يملك حبس المبيع ، وكذا لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس الرهن ، ولو أحال الزوج المرأة بصَداقها ، لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة» [3] ، يعني حين يكون المحيل هو صاحب حق الحبس ، لأن الدَّين الموثَّق بهذا الحق لم ينتقل حينئذ عن مكانه ، فتبقى وثيقته كما كانت [والقياس عليه يقتضي أنه إذا أحال المضمون له على الأصيل لا يبرأ الكفيل ـ وهو وجه عند الحنابلة [4] ـ ولكن الحنفية لم يذكروه [5] ، ولعل الفرق اعتبار رضا الكفيل] .

---

(١) فتح القدير ٥ / ٤٥١ وحواشي البحر ٦ / ٢٧٠

(٢) البحر ٦ / ٢٧١

(٣) البحر ٦ / ٢٧١ .

(٤) الفروع ٢ / ٦٢٣ .

(٥) ووجه هذا القياس ـ كما هو ظاهر ـ أن الدّين الموثّق بالكفالة في هذه الصورة أيضاً (أي حوالة الدائن المكفول له على المدين الأصيل) لم ينتقل بهذه الحوالة عن مكانه وهو ذمة المدين الأصيل . هذا مراد الأستاذ كاتب الموضوع .

لكن يجدر بالتنبيه أنني في المراجعة وجدت أن صاحب البحر في الأمثلة الثلاثة (أعني مالو كان المشتري أو الراهن أو الزوج محيلاً وليس محالاً عليه) لم يعلل سقوط حق الحبس بانتقال الدين عن مكانه الأول صراحةً ، وإنما علّله بأنه «مقتضى براءة المحيل» أي مقتضى كون الحوالة تبرئ المحيل كما نصت عليه المتون . نعم إن التعليل بمقتضى البراءة يستلزم معنى انتقال الدّين لأن الدائن المحال هنا لم يسقط حقه سقوطاً ، وإنما انتقل انتقالا الى المحال عليه ، وبراءة المدين المحيل هي نتيجة لهذا الانتقال . (واستظهر ابن عابدين في حاشية البحر أن هذا الحكم مبنيّ على أن الحوالة تنقل الدين والمطالبة جميعاً ، وهو قول أبي يوسف ، وهو الصحيح ، خلافاً لمحمد) .

وقد ذكر صاحب البحر عقب ذلك تماماً بأن المنقول في «الزيادات» للإمام محمد عكس هذا الرأي تماماً (ونقل ابن عابدين أن ما في —

ولذا لما كان رأي زفر أن الدَين في الحوالَة بإطلاقٍ يظل في مكانه الأول ، ولا ينتقل إلى ذمة المحال عليه ، لزمه – وهو ملتزمٌ فعلاً – أن يقول ببقاء ضماناته كلها كما كانت ، بل إنها لتزيد توثيقاً جديدًا هو اشتغال ذمة المحال عليه بالمطالبة ، وكذا المال الذي قيدت به الحوالة في خصوص الحوالة المقيدة .

فالاتجاه الغالب إذن لفقهاء المذهب الحنفي هو التفريق بين نوعين من الضمانات ، كما يلي :

(النوع الأول) – ضمانات لمصلحة الدائن :

٢٣١ – كالكفالة والرهن ، وحق البائع في حبس المبيع بالثمن ، وحق المرأة في حبس نفسها حتى تقبض معجَّل مهرها وثيقةً به . وهذه لا تنتقل مع الدين بمعنى أنها لا تستمر ضماناً به في محله الجديد ، بل تنقضي بمجرد الحوالة [1] ، لأن انتقال الدين عن ذمة المدين المحيل هو براءة لذمته فلا مساغ للتوثق عليها بعد براءتها ، وإذن فالدَين بانتقاله يتجرد من ضماناته تلك ، ويكون في محله الجديد غير مضمون بها (وذلك على رأي غير زفر) .

نعم للدائن أن يطالب المحال عليه بوثيقة جديدة يُنشئانها معاً – فإن وافق فذاك ، وإن أبى فلا سبيل عليه ، ولذا جاء في تلخيص الجامع : « جاز للمحال أن يسترهن منه ، أي المحال عليه » [2] .

(النوع الثاني) – ضمانات لمصلحة المدين :

٢٣٢ – وهي الأسباب والحجج التي يكون له التعلق بها ، لدفع دعاوي دائنيه ، ولذا تسمّى في العرف الحاضر بالدفوع ، كالأجلِ يتعلق به لدفع المطالبة قبل حلوله ، واستحقاقِ المبيع ، أوعدمِ

= « الزيادات » هو رأي الإمام محمد) .

فقد جاء في « الزيادات » أن حق الحبس يسقط إذا كان البائع أو المرتهن محيلاً ، لسقوط حقه في مطالبة المشتري أو الراهن بعد إحالته عليه ، فيسقط حق حبس المبيع أو الرهن تبَعاً لسقوط حق المطالبة ، بخلاف مالو كانا مُحالين ، فإن حقهما في الحبس لايسقط لقيام المحال عليه محل المحيل فلم يسقط حقهما في المطالبة . بهذا علّل في البحر (إجمالاً) ما في « الزيادات » للإمام محمد ، وأوضحه ابن عابدين في رد المحتار (٦ / ٢٩١) نقلاً عن الزيلعي وأيّده . وسيأتى نقله قريباً في الكلام على الضمانات التى لمصلحة المدين (ف / ٢٣٣) .

ولايخفى أن التعليل لسقوط حق الحبس بسقوط حق المطالبة يختلف عن التعليل بانتقال الدّين عن مكانه . فربط بقاء حق الحبس بعد الحوالة ببقاء حق المطالبة لايمكن معه إجراء القياس الذى ارتآه الأستاذ المحترم كاتب الموضوع فيما « إذا أحال المضمون له على الأصيل » حيث ارتأى الأستاذ الكاتب أنه حينئذ ينبغى أن لايبرأ الكفيل لعدم انتقال الدين عن مكانه . فالتعليل بأن حق الحبس مرتبط بحق المطالبة يمنع هذا القياس ، لأن الدائن المكفول له إذا أحال على الأصيل سقط حقه في مطالبته ، إذ تصبح هذه المطالبة من حق المحال كما هو معلوم مقرر ، وعندئذ يستلزم هذا التعليل براءة الكفيل ، بخلاف التعليل بانتقال الدين عن مكانه فليتأمل .

بقي قول الأستاذ كاتب الموضوع : « ولعل الفرق اعتبار رضا الكفيل » .

فمقصوده بهذه العبارة الاستدراك على القياس الذى استظهره وأفاد أن مقتضاه عدم براءة الكفيل فيما إذا أحال المكفول له على الكفيل ، فقد أراد التنبيه على احتمال وجود فارق بين مسألة الكفيل هذه والمسائل الثلاث المقيس عليها ، ذلك أن حق الحبس للمرتّهن في المرهون ، وللبائع في المبيع لأجل الثمن ، وللزوجة في نفسها لأجل المهر ، هو – أى حق الحبس في ذلك كله – ضمان حسى (مادّى) غير قائم على الاعتبار الشخصى ، بخلاف كفالة الكفيل فإنها ضمان رضائى قائم على الاعتبار الشخصى ، فقد يقبل الإنسان أن يكفل مديناً دون آخر ، وقد يقبل أن يكفل لدائن دون آخر . فإذا كان حق الحبس – وهو توثيق للدّين – لايسقط لعدم انتقال الدّين عن مكانه في بعض صور الحوالة ، فإن ذلك لايقتضى عدم براءة الكفيل حين يكون التوثيق كفالةً ، لأن رضا الكفيل يستند الى اعتبارات شخصية تختلف بين دائن ودائن كما تختلف بين مدين ومدين .

(خبير الموسوعة)

(١) فتح القدير ٥ / ٤٤٦ ومجمع الأنهر ٢ / ١٤١

(٢) البحر ٦ / ٢٦٧

تقوُّمه ، لدفع المطالبة بثمنه ، وسَبْق الوفاء أو التقاصّ ، لدفع دعوى بقاء الذمة مشغولة ، وهذه حيث لا مانع تنسحب على الدَّين في محله الجديد . ولا ينتقل مجردًا عنها ، إذ يكون للمحال عليه التمسك بها ، كما كان هذا التمسك للمحيل ، وما يزال ، فيمكن أن نقول : إن الدَّين ينتقل بهذا النوع من الضمانات لأنها تستند إلى مديونية المحيل التي هي أساس الحوالة ، وإن بقيت أيضاً في محله الأول ، فهي من الحقوق المشتركة .

إلا أن الظاهر من كلامهم أن المحال عليه لايتولى الدفع بغير الأجل مما ذكر إلا نيابة عن الأصيل ، فما لم تثبت تلك النيابة ، بوجه شرعي ، لايكون له ذلك[1] . لكن في حالة غيبة الأصيل له التعلق بهذه الدفوع دون نيابة ، ولذا جاء في البحر الرائق : « غاب المحيل ، وزعم المحتال عليه ان مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا تصح دعواه ، وإن برهن على ذلك ، كما في الكفالة . . . ولو أحال امرأته بصداقها على رجل ، وقَبِل الحوالة ، ثم غاب الزوج ، فأقام المحتال عليه بينةً أن نكاحها كان فاسدًا ، وبين لذلك وجهاً ، لا تقبل بينته ، ولو ادعى أنها كانت أبرأت زوجها عن صَداقها ، أو أن الزوج أعطاها المهر ، أو باع بصَداقها منها شيئاً وقبضته ، قبلت بينته ، وإن كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته . والفرق أن مدعي فساد النكاح متناقض ، أو لأنه يدعي أمرًا مستنكرًا فلا تسمع دعواه ، بخلاف دعوى الإبراء أو البيع ، (أي بيع الزوج لامرأته شيئاً بصَداقها) لأنه غير مستنكر ، وكذا هذا في الكفالة . فعلى هذا لو ادعى المحيل أنه أوفاه الدَّين بعدها ، تُسمع وتقبل بينتُه ، لأنه غير مستنكر »[2] .

٢٣٣ ـ وإنما قلنا إن هذا التفريق بين النوعين من الضمان في الحكم هو الاتجاه الغالب عند الحنفية ، لأن محمدًا ـ على الرغم من أن الصحيح أنه قائل كأبي يوسف بانتقال الدَّينِ إلى ذمة المحال عليه لا المطالبةِ فقط ـ يرى أن النوع الأول من الضمانات ينتقل أيضاً مع الدَّين ، ويكون وثيقة به في محله الجديد ، لا تنفك إلا بسقوطه وبراءة الذمة منه فيما عدا الحوالة بدَين الكتابة ـ لتشوُّف الشارع إلى العتق ـ فلا تحبس رقبة المكاتب إلى الوفاء بدين الكتابة الذي أحال به ، ولذا عقَّب صاحب البحر على ما نقلناه عنه آنفاً[3] من افتكاك الوثيقة ـ في احتيال البائع والمرتهن والزوجة ـ قائلاً : « ولكن المنقول في الزيادات (للإمام محمد) عكسه : وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس ولو أحيلا لم يسقط ، لأن المحال عليه ، قائم مقام

---

(١) نصت المجلة في المادة / ٦٩٧ على ان الحوالةاذا كانت مبهمة من حيث التعجيل والتأجيل تتبع في ذلك الدين الاصلي .

(٢) البحر ٦ / ٢٧١

وكون الدفع بما يوجب براءة المحيل ليس من حق المحال عليه إلا في غيبة المحيل ، او بطريق النيابة الشرعية عنه واضح من اصولهم العامة في الدعوى والبينات .

ولكن ربما كان مقتضى ما سيأتي قريبا (ف / ٢٣٨) من أنه إذا أنكر المحال عليه الدين ، كان للمحال أو ورثته حق إثباته ، ولو بيمين وشاهد ـ سواء كان المحيل موجوداً أم مفقوداً ـ رغم ما يتضمنه ذلك من شهادة النفي ومن إثبات حق الغير دون وكالة أو ولاية ، لأنه وسيلة الى إثبات حق النفس . أقول : ربما كان مقتضى ذلك أن يكون للمحال عليه أيضاً حق الدفع بعدم استحقاق المحال للدين المحال به ، ولو لم يكن المحيل غائباً ، لأنه يتوسل بذلك الى صيانة حق نفسه ، إذ هو لو دفع الى المحال ثم ثبت عدم استحقاقه ، يكون قد غَرِم دون أن تفرغ ذمته من دَين المحيل ، فيتجشم الغُرْمَ مرتين . (رف/٢٣٩)

(٣) وهذا مانقله مرشد الحيران في المادة / ٨٩٤

المحيل، فلم تسقط مطالبتهما[1] .

والمكاتب على عكس ذلك: فإنه إن أحال مولاه على رجل عَتَق، وإن أحال مولاه عليه لم يَعتِق ـ حتى يؤدِّيَ البدل، لأنها[2] معلقة ببراءة ذمته، وقد بَرِئَت إذا كان مكاتَباً محيلاً، لا إذا كان محالاً عليه »[3] .

فهو قد اعتبر لفكّاك الوثيقة معنًى زائدًا على براءة الذمة، هو سقوط المطالبة سقوطاً نهائياً، لأنها براءة مؤقتة، وما دامت المطالبة بالدَّين الموثق به قائمة فقد ترتد على من تكون الوثيقة ضده، فلو انتزعت قبل ذلك لما أدّت الغرض المقصود من إنشائها، وهو مَلحظ في الفقه الحنفي سديد، وكان مقتضاه أن يكون الإمام محمد مخالفاً أيضاً في القضية القائلة: « إذا أحال الأَصيل الطالب برئ الكفيل » وقائلاً بعدم براءة الكفيل في هذه الحال، ولكنهم لم يذكروه مما يدل على أنه يفرق بين الكفالة وغيرها من الضمانات[4] .

(١) (ر: ف / ٢٣٠) والتعليق عليه في الحاشية هناك.

(٢) هكذا عبارة البحر « لأنها » بضمير المؤنث للغائبة، ومرجعه حينئذ للكتابة المفهومة من ذكر المكاتب. والمراد ليس هو الكتابة ذاتها، بل أثرها وهو حرية العبد المكاتب، لأن حريته هي المعلقة ببراءة ذمته. أو يقال: إن الضمير المؤنث عائد رأسا على مرجع ملحوظ غير ملفوظ، وهو الحرية المفهومة من المقام، نظير شواهد كثيرة معروفة في كلام العرب.

وهذا مثل بسيط من تساهل الفقهاء في التعبير والضمائر في المجال العلمي الذى لاينبغي فيه ذلك.

(خبير الموسوعة)

(٣) البحر الرائق ٦/ ١٧١

(٤) وهذا التفريق بين الكفالة وغيرها من الضمانات وجيه، وهو الذى أخذ به القانون المدنى المصرى (م ٣١٨) والسورى لأن في الكفالة اعتباراً شخصياً، والكفيل إنما رضي بكفالة المدين الأصلي لا المحال عليه، وانظر مناقشة هذا التعليل في الوسيط للسنهورى ٣ / ٥٩٥

٢٣٤ ـ وأرباب المذاهب الأُخرى متفقون على بقاء الضمانات التي هي لمصلحة المدين ـ كالأَجل، وأسباب سقوط الدين المحال به أصالةً أو إيفاءً ـ وعلى سقوط الضمانات التي هي لمصلحة الدائن كالرهن، والكفالة، بمجرد الحوالة بالدَّين الموثَّق عليه، لأَنها كالقبض، ويستدلون على أنها كالقبض، بسقوط حبس البائع المبيع إذا أحاله المشتري بالثمن، وسقوط حبس الزوجة نفسها إذا أحالها الزوج بالصداق. ولم نجد لدى أرباب المذاهب الأُخرى خلافاً في بقاء الضمانات للمدين، وسقوط التي للدائن بل منهم من ينص ـ كالشافعية ـ على أنه إذا شرط في عقد الحوالة بقاء الرهن بطلت، إن كان هذا الشرط في صلب العقد، لأَنه شرط فاسد، ووثيقة بغير دَين[5] .

ومَلحظ محمد بن الحسن ليس بملزم من هؤلاء سوى القائلين بالرجوع على المحيل بالتَوَي أو ماشاكله (ر: ف / ١٧).

(ثانيا)

هل يستفيد الدين شيئا من الضمانات في المحل الثاني

(النوع الأَول) ـ الضمانات التي لمصلحة الدائن:

٢٣٥ ـ لم يتكلم فقهاؤُنا في بسطٍ عن هذا، ولا توجهوا لبحثه قصدًا، ولكن الإشارة إليه تجيء في عُرض كلامهم، ، وهم يعالجون بعض القضايا الأخر: كمسئولية الكفيل، إذ يقولون مثلاً: « وإن أحال على الأَصيل صح، ولا سبيل للمحال على

(٥) نهاية المحتاج ٤ / ٤١٣ ومغنى المحتاج ٢ / ١٩٥ والخرشي على خليل ٤ / ٢٤٣ وشرح النيل ٤/ ٦٨٤ وتذكرة الفقهاء ٢/ ٣٨

الكفيل، لأنه لم يضمن له [١]، فهذا الدَّين المحال به غير موثَّق في محله الأول، فلما انتقل إلى المحل الثاني، وهو ذمة موثَّق على ما فيها للمحيل بكفيل، كان مظنة أن يُتساءل: هل يستحق للمحال الدَّين بضمانه هذا؟ ولا سيما عند من يرى الحوالة استخلافاً على الدَّين، والمستخلَف عليه هنا مكفول، وقد علمنا أن جوابه بالنفي. يقولون: لأن الكفيل لم يلتزم للمحال شيئا وهكذا يقال بنفس العلة في سائر الضمانات التي يوثق بها لمصلحة الدائن، وقد قدمنا تمثيله بالرهن وما إليه، وهذا كما يتفق مع مذهب محمد القائل بسقوط الوثيقة فيما إذا أحال البائع أو المرتهن أو الزوجة على ديونهم، يتفق أيضاً مع مذهب أبي يوسف القائل ببقاء الوثيقة حينئذ، لأن بقاءها لمصلحة المحيل فربما عادت مسئوليته لا لمصلحة المحال.

ويمكن أن يستفيد الدَّين في المحل الثاني ضمانات جديدة يُبتدأ إنشاؤها بتعاقد صحيح مع المحال عليه، كما ذكرناه آنفا، لا ضمانات سارية إليه تلقائيا.

نعم هناك ضمان أكيد يستفيده الدَّين في المحل الثاني، وهو ضمان سلامته للمحال، حتي إذا تَوِيَ لم يتحمل المحال غرماً ما، بل يعود بدَينه على مدينه الأصلي وهو المحيل، لأن براءة هذا مشروطة بسلامة حق ذاك، وهذا نوع كفالة [٢].

٢٣٦ – [إن عدم استفادة الدَّين شيئاً من الضمانات التي هي لمصلحة الدائن في محله الثاني، تراه أوضح مايكون عند الشافعية والحنابلة، لأن الوثيقة تسقط عندهم، سواء أحيل بالدَّين أم عليه، كما أسلفناه [٣]، وهو نص الإمامية في مسألة الضمان [٤].

إلا أن عند الحنابلة وجهاً ببقاء الكفالة بعد الحوالة على الأصيل [٥]. ومعنى ذلك أن الدَّين الذي قد لا يكون مضموناً [٦] في محله الأول، قد استفاد في المحل الثاني ضماناً لم يكن له، وحتي لو كان مضموناً في المحل الأول فهذا ضمان آخر، وضامن جديد، ووثيقة قد تكون جد مختلفة [٧]، ولا يتوهمن أحد ان هذا الوجه من

(١) البحر ٦ / ٢٧١ وبقيته في الفتاوى الهندية هكذا: «ويبرئ الأصيل والكفيل عن مطالبة المحيل: فإذا أراد الطالب بعد ذلك أن يحيل غريماً من غرمائه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدَّين لايجوز». (الفتاوى الهندية ٣ / ٣٠١)

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ١٤٠

(٣) مغني المحتاج ٢ / ١٩٥ والفروع ٢ / ٦٢٣ ومطالب أولى النهى ٣ / ٢٣٦

(٤) تذكرة الفقهاء ٢ / ١٠٤ و١١٢

(٥) الفروع ٢ / ٦٢٣.

(٦) وهو دَين المحال الذى في ذمة المحيل ذى الدين المكفول.

(٧) أمّا الرد على هذا الوجه في بقاء هذه الكفالة بعد الحوالة عند الحنابلة بأن للكفيل ان يقول للمحال: إنى لم ألتزم لك شيئاً (البحر الرائق ٦/٢٧١)، فهذا عند التأمل لاغو ردّ له أصلاً، ولو ساغ لساغ أن يقول المحال عليه – عند من لايشترط رضاه، وهم جماهير أهل الفقه – للمحال: إنى لم ألتزم لك شيئاً، ولساغ مثل ذلك أيضاً عند الحوالة على الكفيل الضامن، مع انه لايُعرف في صحة الحوالة عليه خلاف. كلا، بل على المحال عليه أن يوفي مافي ذمته لدائنه، مباشرة أو عن طريق وسيط ما يُنيبه الدائن، ولا خيار للمدين في ذلك. وكذلك الكفيلُ الضامن لماضمن الدين، ولزمته الحوالة عليه، والمحال دائن جديد – مع أن أكثر أهل العلم على أن هذه الحوالة تُبرئ الأصيل وتُفرد الكفيل بالمسئولية – فأولى ثم أولى أن تبقى مشاركته في المسئولية حين يحال على الأصيل، وقد صرح الشافعية والحنابلة وغيرهما (ر: ف/١٧٣) بأن هذه المشاركة يصح أن تكون هي الأساس الذى تنشأ عليه الحوالة: بأن يحال على الأصيل وضامنه معاً بعقد واحد، وحين نازع في ذلك منازعون لأن الحوالة حينئذ تستفاد بها زيادة مطالبة لم تكن، اطرحوا هذا النزاع اطراحاً، ولم يبالُوا به، لأن زيادة التوثق لاتشبه الربا في شيء، بدليل الإجماع على صحة الحوالة على الأدْيَن الأملأ (فتاوى شيخ الاسلام زكريا الأنصارى ١٤٧ والبجيرمى على المنهج ٣ / ٢٣) وإذا كان =

الرأي عنـد الحنابلـة نظير ما قاله أبو يوسف من الحنفية، من بقاء وثيقة الرهن إذا أحيل على الدين

= القياس طريقاً ممهّداً للفقيه، فلِمَ لايكون كذلك سائر الوثائق ولو ضمانات عينية؟ لأن مقصودها أبداً واحد لايختلف ولم يتحقق بعد مادام الدين الذي هو وثيقته لم يُستوفَ، وإن خلف عليه دائن دائناً، كما لو خلف عليه الوارث موروثه. هذا برغم ما صرّح به الشافعية من أنه لو شرط المحال بقاء الرهن بطلت الحوالة (البجيرمي على المنهج ٢٣/٣).

أقول:

إن هذا رأي الاستاذ المحترم كاتب الموضوع، وفي بعض نواحيه نظر:

وتسهيلا لتصور القضية نصورها بالأسماء كما يلي:

زيد دائن لعَمرٍو بكفالة خالد، فأحال زيد دائنه صالحاً على مدينه عمرو، فهل يبقى خالد مسئولا بكفالته تجاه المحال صالح اللذى ليس هو المكفول له في الأصل وإنما حل محل الدائن المكفول له بطريق الحوالة؟

يقول الحنفية بعدم مسئولية الكفيل خالد بحجة أنه إنما التزم للمحيل، فله أن يدفع عنه صالحاً المحال بقوله: إني لم ألتزم لك شيئاً. هكذا ناقش صاحب «البحر» من الحنفية القائلين ببقاء مسئولية كفيل المحال عليه تجاه المحال.

فالرد على حجة الحنفية بأنه «لو ساغ للكفيل هذا القول لساغ للمحال عليه أن يقوله عند من لايشرط رضاه، ولساغ مثل ذلك أيضاً للكفيل إذا أحيل عليه نفسه مع أنه لايعرف في صحة الحوالة عليه خلاف» هو رد غير وارد، فإن الحنفية يعتبرون رضا المحال عليه شريطة نفاذ سواء أكان مديناً أصيلاً أم كفيلاً، كما عرف مما سبق في محله، لأنهم لايقرون حوالة على أحد دون رضاه (سواء أكان رضاه ركن انعقاد أم شريطة نفاذ بحسب الأحوال (وعلى مذهبهم صيغت المادة /٦٨٢/ من المجلة).

فالقول بأنه: «لايعرف في صحة الحوالة على الكفيل خلاف» لايصلح حجة هنا لأن الصحة غير النفاذ، فالحنفية يوافقون في صحة الحوالة على المحال عليه دون رضاه، أصيلاً كان أو كفيلاً، ولكنهم لايقولون بنفاذها عليه دون رضاه.

وحجة الحنفية أن المدين لإنسان قد لايرضى أن يكون مديناً لغيره لاختلاف الناس في شدة المطالبة ولينها، ففي علاقة المديونية والكفالة اعتبار شخصي وللكفيل عندهم أن يقول لغير المكفول له: إنى لم ألتزم لك شيئاً، لأنه قد يرضى أن يلتزم لإنسـان دون غيره.

هذا مذهبهم وحجتهم، وأساسهما ان الحوالة عندهم ليست بيعاً، فلا يعترض عليهم بمذهب من يراها بيعاً ولا يشترط رضا المحال عليه عندما يكون الكلام في مسألة فرعية متفرعة عن أصل لديهم ومنسجمة معه، وإنما يمكن أن يناقشهم مناقش في الأصل نفسه، وليس هذا محله (بل سبق في بحوث الركن والشرائط). =

الموثوق بها، ومع ذلك فليس يستفيد الدين من هذا البقاء شيئًا من التوثيق، وفي المحل الثاني، لأن بقاءها ليس إلا لمصلحة المحيل، ولا مصلحـة فيه قـط للمحال، لا يتوهمن أحد ذلك لأن الحنفية يرون بقاء دين المحيل في ذمة المحال عليه بعد الحوالة إلا أنه لا يطالبه لانتقال حق المطالبة إلى آخر، ثم يسقـط بعد أدائه، دين الحوالة بطرق المقاصة. أما عند الحنابلة فإن دين المحيل في ذمة المحـال عليه يصير هو نفسه ملكاً للمحال بمقتضى ان الحوالة عندهم بيـع للدين، فإذا بقيـت مع ذلك وثيقة، فلا معنى لهـذا إلا أنهـا لمصلحة المحـال.

٢٣٧ ـ أما الضمانات التي هـي من نوع الدفوع في الحوالة المقيدة: فواضح جدًا أنها باقية لتؤثر في الدَين البديل ـ تبعاً لتأثيرها في الدَين الأول ـ وإن كانت هذه ليست استفادةً إلا بعلاقة الضدّية، لأن المحـال عليه هنا أصيل يتكلم بلسان نفسه، ولا ينوب عن أحد، يقـول: لا أدفع لأني غير مـدين للمحيل: فقد أبرأني، أو وقع التقاصُّ بيني وبينه ـ ويقيم البينة على ذلك، ويواجه به المحيل نفسه ـ وقد علمنا عند معالجـة المسألة الأولى بقاء هـذا النوع من الضمانات، وانسحابه على الدَين في محله

= هذا من جهة، ومن جهة أخرى لانجد صحيحاً أيضاً القول بأنه «لو ساغ لكفيل المحال عليه أن يقول للمحال: إني لم ألتزم لك شيئاً لساغ للمحال عليه نفسه عند من لايشترط رضاه ان يقول مثل ذلك للمحال، فلا تلازم هنا بين هذين المساغين إلا إذا خلطنا بين المذاهب، لأن الذين يسوّغون للكفيل هذا الدفع إذا أحيل عليه هم الذين يشترطون رضاه لنفاذ الحوالة، فكيف يستلزم ذلك أن يسوغ للمحال عليه مثل هذا الدفع في مذهب من لايشترطون رضـا المحال عليه، بل يرونه مجبَراً على القبول والأداء، كما لو أن مالك الوديعة باعها وأمر الوديع بتسليمها للمشتري؟ فرأي من يشترط الرضا في مسألة لايستلزم رأيا مماثلاً ممن لايشترط الرضا، فليتأمل.

(خبير الموسوعة)

الثاني ، مع أن المحال عليه هناك يتكلم بلسان غيره ، ولاأصالة له : فيقول في وجه المحال إن المحيل غير مدين لِكذا وكذا . . .

نعم لا جدوى من التمسك بهذه الدفوع في مسألتنا هذه إلا إذا كانت الحوالة مقيدة ، لأن المطلقة لايُشترط فيها أن يكون للمحيل لدى المحال عليه شيء .

(النوع الثاني) - الضمانات التي لمصلحة المدين :

٢٣٨ - ومما نصوا عليه من ذلك - والكلام للشافعية ومعهم الحنابلة والإمامية حيث يشار بذكر مراجعهم - المسائل التالية :

أ) - لو ادعى المحال ، أو وارثه ، على المحال عليه ، أو على وارثه ، بدَين الحوالة ، فأنكر المدعَى عليه الدين (أي أنكر أن يكون هو أو مورثه مديناً للمحيل) فإنه يصدَّق بيمينه ، لأن الأصل عدم الدَين [1] . لكن إن كان مع المحال شاهد واحد - ولو كان هذا الشاهد هو المحيل ، حيث لم يتعرض لذكر نفسه [2] يُقضى بشهادته وحده مع يمين المدعي فيحلف المدعي أن الدَين المدعى به ثابت في ذمة هذا المدعَى عليه ، أو في ذمة مورثه فلان بطريق الحوالة الشرعية عليه ، وتسامحوا في قبول يمينه هذه ، مع أنها حلف على ثبوت حق الغير - وهو المحيل - لأن ذلك وسيلة لثبوت حق نفسه [3] .

٢٣٩ - (ب) - لو أنكر المحال عليه الحوالة - مع عدم إقراره بالدَين - فهو مصدَّق (بيمينه) لأن الأصل عدمها ، فإذا حلف سقطت دعوى مدعيها (أي المحال) ثم يُراجَع المحيل : فإن أنكر

(١) البجيرمي على المنهج ٢٣/٣ وتذكرة الفقهاء ٢-١١٠ .

(٢) البجيرمي على المنهج ٢٣/٣ .

أقــول :

يشير البجيرمي بقوله : « حيث لم يتعرض لذكر نفسه » الى شريطة مقررة في الشهادات لأجل صحة الشهادة هي أن لايكون في شهادة الشاهد ما يفيد أنه يشهد على محل تصرفه هو . فإن شهد على محل تصرفه هو مصرحاً بأنه محل تصرفه لم تُقبل شهادته ، كما لو كان وكيلاً في بيع شيء وادعى شخص أنه ملكه فشهد الوكيل بأنه ملك موكله فلان ، مصرحاً بأنه وكله ببيعه فلا تقبل شهادته هذه للتهمة فيها حيثُ يثبت بها لنفسه ولاية على المشهود به . وكذا لو ادعى الموكل على المشتري بالثمن فأنكر المشتري أن يكون مديناً به لاتقبل شهادة وكيل البيع لموكله به إذا ذكر في الشهادة أن الدين ثمن مبيع باعه هو بالوكالة عن موكله المدعى . فأما إذا لم يظهر في الشهادة وكالته وإنما شهد لموكله بأن له على هذا المشهود عليه كذا ، أو بأن هذا ملك موكله تقبل شهادته حيث لم يتعرض لكونه وكيلاً ، ويحل له ذلك باطناً لأن فيه توصلاً للحق بطريق مباح . =

= والحنفية يصرحون بأنه « لاتقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه » كشهادة الوكيل أو الدلال على البيع الذى أجراه (المجلة / ١٧٠٤) اما لو شهد الوكيل في عقد النكاح على الزوجة المنكرة بأنها زوجة فلان المدعي ولم يذكر الوكيل الشاهد أنه هو الذى تولى العقد قُبلت شهادته كما في رد المحتار (٣٨٢/٤) .

وعلى هذا فالمقصود في مسألتنا هنا أنه إذا لم يكن للمحال شاهد سوى المحيل نفسه تقبل شهادته له مع يمين المحال (بناء على جواز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي عند الشافعية ومن إليهم) بشرط أن لايذكر المحيل في شهادته أنه هو الذي أحال المدعى على المدعَى عليه ، لأن شهادته حينئذ لاتُقبل لورودها على محل تصرفه هو ، وإنما تقبل إذا شهد بصورة مطلقة أن المدعي يستحق على المدعَى عليه الدين المدعَى به بطريق الحوالة الشرعية .

وهنا مسألة طريفة يذكرها الشافعية مبنية على هذين الأمرين عندهم (أي الاكتفاء بشاهد واحد مع يمين المدعى ، وجواز كتمان الشاهد علاقته إذا كان المشهود به محل تصرفه) فقد قرروا أنه : إذا كان لأحد دين عجز عن إثباته فحيلته أن يقترض من آخر مقدار دينه ، ويحيله على مدينه المنكر ، فيدعى المقرض على المحال عليه بالدين من طريق الحوالة (ومعلوم أن رضا المحال عليه ليس شرطاً لصحة الحوالة ولزومها عند الشافعية وإنما الشرط أن يكون مديناً للمحيل) فإذا أنكر المحال عليه الدين جاز للمحيل أن يشهد لمقرضه المحال باستحقاقه هذا الدين على المحال عليه بطريق الحوالة الشرعية دون أن يذكر أنه هو المحيل ، فتكفى شهادته هذه مع يمين المقرض المدعى ويقضى بها . وبذلك يثبت الشاهد دينه بشهادته هو على مدينه ويستوفيه بهذا الطريق، وهو من الحيل الفقهية الغريبة (ر : البجيرمي في الشهادات ٣٧٧/٤ وفي الحوالة ٢٣/٣) .

(خبير الموسوعة)

(٣) نهاية المحتاج وحواشيها ٤١٤/٤ .

الحوالة هو أيضاً (أي أنكر أنه قد أحاله) كان للمحال تحليفه ، فإن حلف امتنع عليهما (أي على المحال والمحيل) مطالبةُ المحال عليه ، لأن هذا منكر للحوالة وغير مُقِرّ بالدَّيْن ، والأصل عدمهما . نعم إن كان مع المحيل بينة بدَينه على المحال عليه فله مطالبته به [1] .

وأما إذا أنكر المحال عليه الحوالة وهو مُقِرٌّ بالدَّين عليه للمحيل فإن القولَ قولُه بيمينه ما لم يثبت عليه خلافه ، لأن الأصل عدم الحوالة ، فيُراجَع المحيل حينئذ :

فإن صدَّقه المحيل في وقوع الحوالة كان ذلك - بمقتضى القواعد - كافياً لثبوتها وإجبار المحال عليه (المعترف بالدين) على الأداء إلى المحال لأنها لا تتوقف عندهم على رضا المحال عليه كما سبق بيانه في محله ، فعَقْدُها يثبت بتصادق عاقدَيْهِ المحيل والمحال دون حاجة إلى بينة ، ويسقط حق المحيل في مطالبة المحال عليه لانتقاله إلى المحال بمقتضى الحوالة الثابتة .

وأما إذا أنكر المحيل أيضاً الحوالة فإنه يُصدَّق بيمينه كذلك ، ويبقى دَينه على المحال عليه فيطالبه به . أما دَين المحال في ذمة المحيل فتمتنع عليه مطالبته به لإقرار المحال في ادعائه الحوالة أن حقه قد انتقل من ذمة المحيل .

وهذا ما ذهب إليه ابن حجر في «التحفة» وأشار إلى فتوى جاءت على خلافه مثبتة أنَّ للمدعي أنه المحال حينئذ أن يطالب بدَينه المحيل ، لأن اعترافه ببراءته ذلك الاعتراف الذي تضمنته الحوالة المدعاة لم يصدر إلا في مقابلة ما ثبت له على المحال عليه ، فإذا لم يثبت رجع إلى حقه ، وقد ناقش ابن حجر هذه الفتوى وردَّها [2] .

---

(١) البجيرمي على المنهج ٢١/٣ .

القول :

هنا هو ما قرره البجيرمي في هذه المسألة (ب) نقلاً عن القليوبي كما عرضناه هنا ، لم نتصرف في عبارته الا قليلاً جداً لتوضيح مالا يحتمل خلافه . ونص عبارته في حاشيته على «منهج الطلاب» التي عزا إليها الأستاذ كاتب الموضوع هو هكذا : «ولو أنكر المحال عليه الحوالة صُدّق ويُراجَع المدين ، فإن صدّق على عدم الحوالة امتنع عليه وعلى المحتال مطالبةُ المحال عليه . نعم إن كان مع المحيل بينة بدينه طالبه به ....» .

والأستاذ المحترم كاتب الموضوع قد حمل كلام البجيرمي هذا على افتراض أن المحال عليه منكِر للحوالة لكنه مُقِرّ بالدين عليه للمحيل . وهذا هو الذى قد يتبادر للذهن من قوله : «ولو أنكر الحوالة» فإنه قد يوحي بأن الدَّين المحال عليه ليس محل خلاف بين الأطراف ، إذ لو كان منكراً للدّين لم يكن به حاجة إلى إنكار وقوع الحوالة حيث يُشترط لصحتها عند الشافعية ومن معهم كون المحال عليه مديناً للمحيل . وعلى هذا الأساس بنى الأستاذ كاتب الموضوع تصوير هذه المسألة وما بناه عليها من كلام فقال في مستهلها : «لو أنكر المحال عليه الحوالة رغم إقراره بالدين . . » الخ . فجاء كلامه في المسألة بعد ذلك غير متلائم فاستشكلناه .

ولدى الرجوع الى البجيرمي ومدارسة عبارته في هيئة التحرير استقر الرأي على أنه لايمكن حمل كلام البجيرمي المذكور على أساس أن المحال عليه منكر للحوالة ومعترف بالدين ، كما فهم منها الأستاذ المحترم كاتب الموضوع ، بل يتعين حملها على أنه منكر للحوالة وليس معترفاً بالدّين ، بدليل قول البجيرمي في آخرها : «نعم إن كان مع المحيل بينة بدينه طالبه به» ، فلو كان المحال عليه مقراً لم تكن هناك حاجة الى بينة عليه . وبذلك ينسجم كلام البجيرمي فيها مع سابقه ولاحقه ، ويستقيم المعنى .

وعليه غيّرنا صياغة هذه المسألة (مسألة انكار المحال عليه الحوالة بوجوهها كلها) الى الشكل الذي أثبتناه فوق . واستحسنا أن ننبه على ذلك في هذه الحاشية نظراً للشبهة القائمة في كلام البجيرمي .

(خبير الموسوعة)

(٢) تحفة المحتاج ٤ / ٥٣٧ - ٥٣٨ وقد أجاب الشرواني عن بعض ما أورده ابن حجر على هذه الفتوى ، لكنه لم يصرح بترجيح تلك الفتوى المثبتة لحق المحال في الرجوع على المحيل في هذه الحال .

وفي رأيي أن تلك الفتوى هي الأوجه والأعدل (مع موافقتها لمذاهب أخرى) من حيث إن فيها صيانة حق المحال من سقوطه لا الى خلف على خلاف رضاه وتقديره ، كما صين حق المحيل حين أنكر الإحالة على مدينه . ذلك أن المحال إذا كان بادعائه الحوالة معترفاً بانتقال حقه من ذمة مدينه المحيل -

أما الحنابلة فيقررون في هذا الشأن أنه إذا ادعى رجل على آخر ان فلانا الغائب قد أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله (إما مع اليمين أو دون يمين على وجهين في مثل هذه الحال)، وليس للمحال رجوع على المحيل لإقراره بانتقال حقه عن ذمته، لكن ينظر في شأن المحيل : فإن صدق المحيل المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة بتصادقهما لأن رضا المحال عليه غير لازم، وان أنكر هو أيضا وقوع الحوالة منه حلف وسقط حكم الحوالة، وله مطالبة مدينه (المحال عليه المزعوم) بدينه [١] .

هذا ان لم يكن مع المدعي بينة، وإلا فإنه إن أقامها سُمعت، وتثبت بها الحوالة، بالنسبة للمحال عليه والمحيل كليهما، وإن كان هذا غائباً (لأن البينة يقضى بهاعلى الغائب، خلافاً للحنفية، وابن الماجشون من المالكية، وزيد والناصر من الزيدية) [٢] .

أما إن صَدَّق المدين دعوى المحال، فإنه يجب عليه دفع المال إليه، لأنه مقر باستحقاقه . ثم إن صدقه المحيل أيضاً فذاك، وإن كذبه فالقول قول المحيل بيمينه، فإذا حلف استحق ما له قِبَل مدينه ولا يرجع مدعي الحوالة عليه بشيء، لأنه بدعواه الحوالةَ مقر ببراءة ذمته من دينه، وانحصر حقه في ذمة المحال عليه الذي صدقه .

وثَمَّ من يقول - وهو وجه عند الشافعية والحنابلة - لا يلزم المحال عليه بالدفع ان صدق، بل له الاحتياط لنفسه لأنه لا يأمن إنكار المحيل، فيغرم الدين مرتين.

نظيره ما لو ادعى رجل أنه وكيل الدائن بقبض دينه، وصدَّقه المدين، فإن له أن يمتنع عن الدفع إليه للمعنى نفسه [٣] ، ومن ثَمَّ لا يجب عليه اليمين إن كذب مدعي الحوالة، لكن جزم صاحب تذكرة الفقهاء من الشيعة الإمامية بخلافه [٤] .

على أن المحيل حين يكذب المحال، لا يكون عليه اليمين إلا إن كذب في دعوى الحوالة فحسب، أما إن أنكر أن يكون لهذا المحال الذي يدعي الحوالة دَين عليه، فإن القول يكون قوله بلا يمين ولا شيء عليه [٥] .

٢٤٠ - (ج) لو أقر المحال عليه بالحوالة، ولكنه ادعى أنها جاءت متأخرة عن براءة ذمته من الدَين المحال به عليه، لم تسمع دعواه إلا ببينة في مواجهة المحال لتندفع بها مطالبته إياه، وإن كان المحيل غير حاضر - سواء كان في البلد أم لا - لم تبرأ ذمة المحال عليه من دينه حتى يعيد البينة في مواجهته، واستظهروا أن المحال - بعد اندفاع مطالبته - يرجع بدينه على المحيل، لأنه قد ثبت أن المحال عليه لم يكن مديناً عند الحوالة [٦] .

٢٤١ - (د) لو ادعى المحال عليه في وجه غريمه المحال أن دائنه كان أحال عليه بدينه فلاناً الغائب من قبل، وأنه لذلك ليس لأحد آخر حقُّ مطالبته،

= فإن هذا أيضاً بإنكاره الحوالة معترف ببقاء دَين المحال في ذمته، فهو مكذِّب له في إقراره بالانتقال، فليتأمل .
(خبير الموسوعة)

(١) المغني ٦٧/٥ - ٦٨ .
(٢) بداية المجتهد ٤٧٢/٢ والبحر الزخار ١٢٩/٥ وسلك الدرر ٣٦٠/٢

(٣) مغني المحتاج ٢٣٧/٢ والمغني لابن قدامة ٦٧/٥ وتذكرة الفقهاء ١١٢/٢ .
(٤) تذكرة الفقهاء ١١٢/٢
(٥) المغني لابن قدامة ٦٨/٥
(٦) نهاية المحتاج وحواشيه ٤١٤/٤

فإن كانت له بينة على هذا سمعت ، وعمل بمقتضاها . وان لم يقم البينة صدق غريمه بيمينه ويؤمر هو بالأداء إليه .

وهل إذا أقام البينة يثبت بها أيضا الحق للغائب ويقضى له ؟ قيل لا ، وعليه ابن سريج من أجلة علماء الشافعية ، لأن البينة لا يقضى بها للغائب . فاذا قدم وادعى هذا الحق فعليه اقامة بينته ان لم يصدقه صاحب الدين الأصلى[1] .

(١) وهذا غلو في التطبيق ، فالأوجه او الصواب الرأى الآخر وإن ابدوه على انه مجرد احتمال – انه يقضى للغائب بهذه البينة ، لأنه اذا قدم وادعى فإنما يدعى على المحال عليه – لا على المحيل – والمحال عليه مقر له ، ولا يجادل احد انه لو دفع اليه لم يكن لصاحب الدين الاصلى مطالبته بشيء ، لسقوط حقه بالبينة ، فعبث ان يكلف المحال الغائب اذا حضر باقامة بينة (نهاية المحتاج على المنهاج ٤١٨/٤ والمغنى لابن قدامة ٦٧/٥ وتذكرة الفقهاء ١١٢/٢) .

اقــول :

تأييدا لذلك : ان الاحكام الشكلية – كوسائل الاثبات – لاينبغي ان يؤدى الغلو فيها الى تجريدها من الفائدة حتى تصبح قشراً لا لب فيه ، كالتكرار المحض أو إلى أن تصبح حائلا دون الوصول الى الحق بعد ظهوره ووضوحه ، ولاشك ان من أقر بشيء او ادعاه – ولاسيما اذا اثبته ببينة مقبولة يجب ان يؤخذ به في حقه أياً كان المستفيد منه حاضرا او غائبا اذا ادعاه ذلك المستفيد دون حاجة الى اثبات جديد ، فتكليف المحال الغائب اقامة بينة جديدة على المحال عليه الذى ادعى هو ذلك وأثبته بالبينة حتى دفع به دعوى المحال الحاضر لايبقى له معنى سوى تعريض حقه للضياع دون مبرر معقول ، ذلك ان المحال الغائب اذا لم تكن له بينة اوكانت فمات الشهود مثلا اصبح حقه تحت رحمة يمين المحال عليه الذى أقر به وادعاه واقام عليه بينة حتى دفع به خصمه الحاضر فلا ينبغي للوسيلة – والاثبات من الوسائل – ان تؤدى شرائطها الشكلية الى تعطيل غايتها ، وإن للفقيه الاصولي النظار المحقق ابي اسحق الشاطبي في الموافقات كلاما نفيساً في عدم جواز ان تؤدي شرائط الحكم إلى تعطيله ، كما أن له كلاما في انه لاعبث في التشريع (ر : الموافقات ١ / ١٥٨) . وواضح أن طلب بينة جديدة في هذه الصورة هو من العبث – كما قال الاستاذ كاتب الموضوع – وقد يضيع به الحق الذى سبق ثبوته على يد الخصم نفسه .

(خبير الموسوعة)

المبحث الثالث

اثر الحوالة فى علاقة المحيل والمحال عليه

يتناول البحث هنا : ثلاثة مطالب :

(المطلب الأول) – حق المحال عليه في ملازمة المحيل .

(المطلب الثاني) – حق المحال عليه في الرجوع .

(المطلب الثالث) – حق المحيل في مطالبة المحال عليه .

المطلب الاول

حق المحال عليه فى ملازمة المحيل

٢٤٢ – ملازمة المحال عليه للمحيل خاصةٌ بالحوالة المطلقة . أما ملازمة المحال للمحال عليه فهي حكم عام يثبت في كل حوالة ، لكن استيفاء الكلام على فروع المسألة يقتضي ذكرهما معاً (وإن كان هذا الحق الثاني ، أي ملازمة المحال للمحال عليه محلُّه الطبيعي هو المبحث الثاني السابق عن أثر الحوالة في علاقة المحال بالمحال عليه) . وهذان الحقّان في الملازمة أحدُهما (وهو حق المحال عليه) تَبَعٌ للآخَر (وهو حق المحال) ما دام الوفاء لم يتمَّ بعد[1] : فإن المحال إذا لازم المحال عليه ، كان للمحال عليه أن يلازم المحيل ، ليخلصه وإذا حبسه المحال ، كان له أن يحبس المحيل ، لهذا الغرض نفسه ، لكن بشريطتين أُخرَيَيْن :

١ – أن تكون الحوالة بإذن المحيل ، أعني المدين الأصلى .

(١) فتح القدير ٤٥١/٥ والبحر ٢٧٣/٦

٢ ــ وأن تكون الحوالة مطلقة غير مقيَّدة .

لأنه عند توافر هذه الشرائط ، يكون المحيل هو الذي جَرَّ على المحال عليه هذه التبِعَة ، فعهدة تخليصه عليه جزاءً وِفاقاً .

أما إذا لم يلازمه المحال أو يحبسه ، فبأي حق يلازم هو المحيل أو يحبسه ــ والفرض أنْ ليس له عليه دين ؟ فإذا لم تكن الحوالة بإذن المحيل يكون المحال عليه متبرِّعاً بالتزامها ، فلا يتوجه له على المحيل حق ، وإذا كانت الحوالة مقيَّدةً لم تكن ملازمتُه للمحيل ، أو حبسُه بأَولَى من العكس ، فيمتنعان ، إذ لو استعمل هو حقه في ذلك لعامله المحيل بالمِثْل ، فلا تكون ثَمَّ جدوى[1] .

٢٤٣ ــ وواضحٌ أن الشرائط التي شرطها الحنفية لملازمة المحالِ عليه المحيلَ ، يستغني غير الحنفية منها عن شريطة رضا المحيل ، إذ الحوالة عندهم لا تكون إلا برضاه (ر : ف/٧٧) كما يستغنون ــ باستثناء مثبتي الحوالة المطلقة منهم ــ عن شريطة الحوالة المقيَّدة لأن الحوالة عندهم لا تكون إلا مقيدة (ر : ف/٦٠) .

وهناك شريطة ــ في نص القرآن ــ لجواز الملازمة ، هي القدرة على الوفاء ، وهو قوله جَلَّ وعَلا : « وإن كان ذو عُسْرةٍ فنَظِرةٌ إلى مَيْسَرة » ، لكن حكي عن القاضي شُريح والضَحّاك والسُدّي أنه لا بأس بملازمة المعسر ، وتأولوا الآية بأنها فيمن عمل بالربا فلم يجد ما يردُّه لمن أعطاه . وقد حبس شُريح مرة رجلاً ذا عُسْرة ، فتلا عليه الآية ، فقال : إنها في الربا ، ولا يخفى ما في هذا التأويل من اعتساف[2] . ومعلومٌ أن الإمام أبا حنيفة لا يرى العُسْرَة مانعة من الملازمة : فعنده يلازم الغرماءُ المَدينَ المُعْسِر ــ بعد إطلاقِ الحاكم سَراحه وعدم عثوره على مال له ــ لأنهم يتحيَّنون زمان قدرته وما فَضَل عن حاجته ، ولو خُلِّي ونفسَه فربما أخفَى ذلك[3] . ولكن الآية حجة عليه . وقد استدل له في البحر الزخار بأمره صلوات الله عليه زيادَ بن حَبيب بملازمة غريمه . وهو حديث لا يُعرف[4] .

المطلب الثاني

حق المحال عليه في الرجوع

(اولا)

حالة الاداء الفعلي

٢٤٤ ــ متى أدى المحال عليه إلى المحال استحق الرجوع على المحيل إذا توافرت شرائط الرجوع الآتي بيانُها ، سواءٌ أدى المثل ــ كما لو أدى دنانير عن دنانير مع توافر شرائط الصرف ــ أم أدى غير

(١) البدائع ١٩/٦ والبحر ٢٦٩/٦

(٢) بداية المجتهد ٢٩٣/٢ ومغني المحتاج ١٥٦/٢ والبحر الزخار ٨١/٥ وتذكرة الفقهاء ٣/٢ وشرح النيل ٤٥٥/٤ .

(٣) مجمع الأنهر ١٥٥/٢ .

(٤) لم نجد لهذا الخبر أثراً فيما لدينا من المراجع الحديثية أو الفقهية فلم يخرجه الصعدي صاحب تخريج أحاديث البحر الزخار المطبوع معه ، وليس له ذكر في مسند الإمام زيد ، ولا في كتب التخاريج أو أحاديث الأحكام كنصب الراية للزيلعي والتلخيص الحبير لابن حجر ونيل الاوطار للشوكاني ، ولا ذكر له أيضاً في جمع الفوائد لمحمد بن سليمان الروداني ، ولا في كنز العمال للمتقي الهندي ، ولا ذكر له في المقاصد الحسنة للسخاوي ، وكشف الخفاء للعجلوني ، ولا في كتب الموضوعات أيضاً . بل إن زياد بن حبيب المذكور في البحر الزخار على أنه صحابي لم يذكره أحد من المؤلفين في الصحابة كابن عبد البر في الاستيعاب ، وابن الاثير في أسد الغابة وابن حجر في الإصابة ، ولذا لا يعوّل على هذا الخبر في شيء.

(ادارة الموسوعة)

المثل ، كما لو أدى دراهم ـ أو زيوفاً أو فلوساً أو ثياباً أو أي عُروض أخرى ـ عن دنانير : على أن تتوافر شرائط الصرف كلما كانت المبادلة بين المحال به والمؤدّى البديل من قبيل الصرف ، وإن لم تتوافر شرائط الصرف بطل وبقي الدين كما كان [١] .

وتبرز هنا من خلال ذلك ناحيتان :

(الناحية الاولى)

شرائط حق المحال عليه في الرجوع على المحيل

٢٤٥ ـ وهي عند الحنفية ثلاث شرائط :

١) ـ أن تكون الحوالة برضا المحيل :

لأن المحال عليه حينئذ إذا أدى لا يكون متبرعاً ، بل يكون في حقيقة الأمر قد اشترى من المحال الدَين الذي له في ذمته بما أداه هو إليه ، وحيث ملك الدين استحق الرجوع به على المدين ، كما لو ورثه أو وُهب منه ، أما إذا كانت الحوالة بغير رضا المدين : كما لو قال قائل للطالب : لك على فلان ألف فاحتَلْ بها عليَّ فقبل الطالب ، فإن الحوالة حينئذ صحيحة على المعتمد كما علمناه ، ولكن لاتثبت للمحال عليه ولاية الرجوع على المدين إذا أدى ، لأنه يكون متبرعاً بالأداء ، لا مالكاً للدَين بطريق الشراء حذراً من تمليك الدَين من غير من عليه الدَيْنُ . وإن الرجوع في الحوالة يكون بحكم الملك ، هكذا يُفهم من البدائع لأبي بكر الكاساني [٢] .

ويُؤثِر غيره التعليل في إيجاز [٣] بأنه بمجرد الحوالة ، عن رضا المحيل يجب عليه المال للمحال عليه ، مؤجّلاً إلى حين الأداء ، وهذا لا يكون في الحوالة بدون رضاه ، إذ لايمكن إثبات المال في ذمته كرهاً [٤] .

٢) ـ أن يؤدي المحال عليه مالَ الحوالة إلى المحال :

لأنه إذا لم يؤدِّ لم يملك الدَين ، وهو إنما يرجع بحكم ملكه كما تقدم آنفاً .

٣) ـ أن لا يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل دينه :

لأنه لو كان مديناً لالتقى الدينان ووقع التقاصُّ ، ومن ثَمَّ يمتنع الرجوع ، لأنه لو رجع على المحيل ، لرجع المحيل عليه ، فيكون عبثاً [٥] .

٢٤٦ ـ واستحقاق رجوع المحال عليه بعد أدائه دَينَ الحوالَة ، لا يُتصور في حوالة صحيحة عند غير الحنفية من نفاة الحوالة المطلقة ، لأن المحال عليه عندهم هو مَدين للمحيل فما يؤديه بحكم الحوالة إنما يوفّي به ذمته المحالَ عليها ، فلا رجوع له (ر : ف/٦٠و١٤٠) إلا في حالتين استثنائيتين :

أ) ـ حالة سقوط السبب الذي أوجب دَين الحوالة ، أصالةً أو عُروضاً ، سواءٌ كان الدين محالاً به أم محالاً عليه . على التفصيل والخلاف الآتيين في محلهما (ر : ف/ ٢٥٦ و٢٧٩ فما بعدها) .

ب) ـ حالة الحوالة على الكفيل ، فإنه يرجع على المكفول عنه لا على المحيل ، ولو كان المكفول

(١) البدائع ١٩/٦ والبحر ٢٦٣/٦
(٢) البدائع ١٩/٦
(٣) وهو أجود وأليق بأصولهم .
(٤) فتح القدير على الهداية ٤٠٨/٥
(٥) البدائع ١٩/٦

عنه قد سبق بالدفع إلى هذا ، لأنه مقصِّر بهذا الدفع إلى غير مستحق ، بناءً على أن الدين الذي كان في ذمة المحال عليه للمحيل قد صار للمحال بمقتضى الحوالة (وإن لم يوافق جماهيرُ الحنفية على هذا التخريج) .

ومن ناحية أخرى : إذا جرينا على أن المدين الأصيل يبرأ بالنسبة للمكفول له بالحوالة على الكفيل ، كما هو مختار كثيرين ، ومنهم الحنابلة ، فإنه ، أي الأصيل ، يكون متبرعاً أيضاً بدفعه هو ، فلا تبرأ ذمته مما ترتب فيها للكفيل بما أدى عنه ، بل قال بعضهم بحثاً : إن للكفيل الرجوعَ بمجرد الحوالة عليه ، لأنها بمثابة الاستيفاء ، فيكون المحيل كأنه قد استوفى من الكفيل بمجرد الإحالة عليه . هكذا قرره بعض الحنابلة ونقله عن بعض الشافعية[1] .

(١) مطالب أولي النهى ٣ / ٢٩٧ — ٣٠٩ .

القول :

إن قضية الإحالة على الكفيل وتعيين من يرجع عليه الكفيل بعد الدفع هي مسألة متشعبة الوجوه والاحتمالات وهي في نظرنا ذات ارتباط بالخلاف الفقهي في أثر الحوالة وطبيعتها . والمذكور هنا هو رأي غير الحنفية في بعض وجوهها . وسيأتي عن الحنفية خلافه (ف / ٢٥٧) .

ولتجلية هذه المسألة ووجوهها بصورة واضحة المعالم نصورها على طريقة التعبير عن الأشخاص بحروف أبجدية كما يلي : (أ) دائن لـ (ب) بكفالة (ج) الذي هو كفيل بالأمر يستحق الرجوع على مكفوله فيما يؤدي عنه ، فأحال (أ) دائنه (د) على الكفيل (ج) حوالةً مقيدة بدين الكفالة . هذا نطاق المسألة . أما احتمالاتها فكثيرة ، ويهمنا هنا منها ما يلي :

١ — إما أن يؤدي الكفيل (ج) الى المحال (د) وتقف القضية عند هذا الحد . وفي هذه الحالة يكون للكفيل (ج) حق الرجوع على مكفوله (ب) دون غيره باتفاق المذاهب .

٢ — وإما أن يكون قبل ذلك وبعد الحوالة المذكورة قد سبق المدين الأصيل (ب) بالدفع الى دائنه المحيل (أ) ثم أعقبه الأداء من كفيله (ج) الى المحال (د) بمقتضى الحوالة ، أي إن الأداء قد تكرر بعد الحوالة وحصل فيه ازدواج ، فأدى المدين الأصيل الى دائنه المحيل ، ثم أدى كفيله الى المحال . =

ويفهم من كلامهم رَدُّ هذا القول بأن الحوالة ، وإن كانت كالقبض لا رجوع لأحد فيها بعد الحوالة

= وفي هذه الحال تختلف الاجتهادات فيمن يرجع عليه الكفيل :

— فذهب فريق من الشافعية والحنابلة الى أن الكفيل إنما يرجع على مكفوله لا على المحيل ، لأن المكفول عنه (ب) هو المقصر في الدفع الى دائنه المحيل (أ) بعدما انتقل حقه بالحوالة الى المحال .

وذهب الحنفية ، كما سيأتي (ف/ ٢٥٧) إلى العكس فقالوا : إن الكفيل يرجع على المحيل ولا سبيل له على المكفول عنه .

ويظهر من النظر بين ما هنا وما سيأتي عن الحنفية وتعليلات الفريقين أن هذا الاختلاف فيمن يرجع عليه الكفيل عند ازدواج التأدية متفرع عن الخلاف في طبيعة الحوالة :

فغير الحنفية يعتبرون الحوالة بمثابة القبض الفعلي . فمن أحال على مدينه أو كفيل مدينه فقد قبض دينه . ومن ثَمَّ اعتبروا أن المدين المكفول (ب) هو المقصِّر في الدفع الى دائنه المحيل (أ) ، لأن هذا قد استوفى دينه قبل ذلك بالإحالة على الكفيل (ج) ، فلذا يرجع هذا الكفيل على مكفوله بمقتضى الكفالة .

ولايخفى أن تعليلهم هنا بتقصير المكفول عنه بالدفع الى دائنه المحيل يدل على أن المسألة مفروضة فيما لو دفع إليه بعد علمه بالحوالة على كفيله ، إذ لو أدى دون علم منه بالإحالة على كفيله لايكون مقصراً ، كما هو واضح ، بل يكون الدائن المحيل (أ) هو الأولى بالرجوع عليه ، لأنه هو المبطل باستيفائه الدين مرتين : مرة من مدينه (ب) مباشرةً ، ومرة من كفيله بطريق الحوالة عليه .

— أما الحنفية فإنهم لايعتبرون الحوالة بمثابة القبض الفعلي ، ولكنها يترتب عليها براءة للمحيل مؤقتة بعدم التوى : فنظراً الى البراءة يمنعون — كغيرهم — مطالبة المحيل مدينه بالدين الذي أحال عليه حوالة مقيدة به ، ونظراً الى كون هذه البراءة مؤقتةً ومقيَّدةً بعدم التَوَى يقررون حقا للمحال في الرجوع على المحيل في حالة التَوَى .

غير أنه في حالة وجود كفيل بالدين المحال عليه يتداخل مقتضى الكفالة بمقتضى الحوالة . ذلك أنه في الكفالة لاينقطع عندهم حق الدائن في مطالبة الأصيل مع الكفيل ، لأن الكفالة عندهم ضم ذمة هذا الى ذاك في المطالبة ، وليست نقلاً مثل الحوالة كما هو معلوم .

وعندئذ إذا أحال الدائن على كفيل مدينه يبقى للدائن المحيل حق مطالبة الأصيل المكفول عنه كما صرح به في « الهندية » ، لأن الحوالة ليست عندهم بمثابة القبض الفعلي ولكن بهذه الحوالة على الكفيل ينقطع حق المحيل تجاه الكفيل ، لأنه بالإحالة عليه قد أسقط حقه من مطالبته كما لو أبرأه ، وإن إبراء الكفيل عندهم يستلزم براءة الأصيل فيبقى حق المحيل في مطالبة الأصيل المكفول . وعندئذ إذا أدى الأصيل دينه الى المحيل لا يكون =

عليه إلا بما غَرِم فعلاً ، وهذا لا يتحقق إلا بعد القبض الحقيقي أو ما يساويه ، أما مجرد المطالبة ، فمتى طولب يطالب الأصيل ، كما هو حكم الضمان .

على أن من مثبتي الحوالة المطلقة من لا يطلق القول برجوع المحال عليه فيها بعد أدائه إذا عقدت بإحالة من المدين على آخر ، فهؤلاء الإمامية يفصّلون بين أن يدفع بإذن المحيل ، فيرجع عليه قولاً واحدًا ، وأن يدفع بغير إذنه ، فيكون فيه احتمالان :

١ ـ عدم الرجوع لأنه متبرع .

٢ ـ والرجوع ، قياساً على الضمان (الكفالة) بطلب المضمون عنه ، لأن فرض المسألة أن المدين هو الذي أحال[1] . ثم إنها من جهة أخرى تسليط مطالبة ، فيضمن المسلِّط ما يغرم المسلَّط عليه بسببها[2] .

= مقصراً في الدفع الى من لا يستحق ، بل دفع الى من له حق المطالبة . فإذا أدى الكفيل بعد ذلك الى المحال لا يرجع (بمقتضى الكفالة) على مكفوله لأن هذا قد برئ بالأداء السابق ، ولكن يرجع الكفيل على المحيل (بمقتضى الحوالة) ، لأن هذا المحيل يكون قد استوفى دينه مرتين كما بينا .

هذا ما يظهر لى في توجيه هذه المسألة التى تشعبت صورها واحتمالاتها بين ازدواج الأداء وانفراده ، وتداخل فيها حكم الكفالة مع الحوالة ، والحكم الأصلى والاستثنائى فيمن يستحق عليه الرجوع ، واختلف النظر الاجتهادى في بعض تأصيلاتها .

وبهذا الايضاح تتضح مسالك النظر في وجوهها بين ما هنا وما سيأتى (ف / ٢٥٧) .

هذا وقد ورد في « الفتاوى الهندية » صور ووجوه أخرى في الحوالة على الكفيل وعلى الأصيل في وقت واحد ، أو على التعاقب ، مع البدء بالحوالة على الأصيل ، أو بالعكس. وبعض تلك الصور يتعلق بانعقاد الحوالة وعدمه ، وبعضها يتعلق برجوع الكفيل على المحيل ، فليراجعها في الهندية (٣٠١/٣) من يريد التوسع .

(خبير الموسوعة)

(١) أي لم تكن الحوالة المذكورة معقودة بين الدائن والمحال عليه فقط دون إحالة من المدين .

(٢) تذكرة الفقهاء ١١٢/٢ .

الناحية الثانية
بماذا يرجع المحال عليه ؟

٢٤٧ ـ يرجع المحال عليه بالمحال به ، إلا فى حالة واحدة ، هى ما إذا صالح المحال عليه المحالَ عن حقه بأقل منه من جنسه فإنه يرجع بما أدّي . فمثلا لو كان حقه مائة دينار فصالحه عنها بثمانين ، لم يكن له حق الرجوع إلا بالثمانين التى أداها .

ويصرحون هنا بالفرق فى الرجوع بين المحال والمأمور بقضاء الدَّين : فالمحال عليه إذا أدى من غير الجنس يرجع بما أُحيل به لا بما أدى . أما المأمور بقضاء الدَّين فإنما يرجع بما أدي : ما لم يخالف الأَمر ، بأن أدى أجود ، أو جنساً غير جنس ما أمر به : فمثلاً : لو أدّى القَباطي الفاخرة ، أو الحرير الغالي ، فى ثياب قطن مرتخصة لايكون له الرجوع إلا بمثل ما أُمر به .

فإن لم يخالف فهو على الأَصل إنما يرجع بما أدَّى ، كما لو أدَّى الحرير الصناعى أو الطبيعى فى مثله جنساً وجَودة [3] سواءٌ تساويا فى المقدار أم كان المؤدَّى أنقص .

والسر فى رجوع المحال عليه بما أدى ان الرجوع إنما هو بحكم الملك، كما مر آنفا ، وهو إنما يملك دين الحوالة لا المؤدَّى ، إنما المؤدَّى وسيلة الإيفاء الذي ملك الدَّين به . أما فى حالة الصلح عن الدَّين ببعضِهِ والإبراء عن الباقى ، فهذا البعضُ فقط هو الذى ملك ، فتعين أنه إنما يعود بما أدى ، لا بما أُحيل عليه به .

ولا يقال : لم لايكون الرجوع فى حالة الصلح عن الدَّين بغير جنسه بالمؤدَّي كذلك ؟ لأن غير جنس

(٣) البحر ١٧٣/٦

الدين عِوض عنه ، يُملك به الدين كله ، فيكون الرجوع بما ملك ، أي بالمحال به لا بالمؤدّى[١] .

بخلاف المأمور بالأداء ، فإنه لا يملك الدَين بأدائه ، إذ هو لم يلتزمه بعقد حوالة وانما هو بهذا الأداء قد أقرض الآمر ما أداه عنه : فلا يرجع إلا بما أقرضه بشريطة أن يكون وَفْقَ أمر الاستقراض ، فإن كان كذلك القدرِ الذي أداه فذاك ، وإلا فإن مازاد يكون تبرعاً وما خالفِ يُردُّ إلى المأمور به[٢] .

نعم إن المحال عليه بعينٍ للمحيل عنده ، كوديعة إذا لم يعطِ المحالَ تلك العينَ نفسَها ، وإنما قضى الدَين من ماله هو ، فإن القياس أن يُعَدَّ متبرعاً لا رجوع له على المحيل ، لكنهم استبعدوا ذلك استحساناً ، ومنحوه حقَّ الرجوع بما أدّي ، فإن كان هناك غرماءُ فانه يحاصُّهم[٣] .

٢٤٨ ـ سبق القول ان المحال عليه إنما يرجع على المحيل عند الحنفية بحكم الملك ، أما غير الحنفية ممن لا يقبلون الحوالة المطلقة ، فالمحال عليه عندهم يكون مديناً قبل الحوالة فلم يلتزم في ذمته بالحوالة شيئاً فلا رجوع له إلا في الحالتين الاستثنائيتين اللتين تقدم بيانهما ، وهما حالتا سقوط السبب ، والإحالة على كفيل (ر : ف/٢٤٦) وفي هاتين الحالتين لا يكون رجوعه عندهم بحكم الملك كما يرى الحنفية :

أ) ـ ففي حالة سقوط السبب الذي أوجب دين الحوالة قد كان القياس يقتضي بطلان الحوالة ، (وقد قال بذلك مطلقاً بعض أهل الفقه كالشيخ الطوسي من الإمامية) ولكن الذين أبقوها بنوا على أن الحوالة معروف ، فحين يؤدي المحال عليه فإنما يؤدي بحكم الإذن الذي في ضمن الحوالة .

ب) ـ وفي حالة كون المحال عليه مجرد ضامن (كفيل) فإنما يؤدي بحكم الإذن من المضمون عنه إن كان الضمان بإذنه وإلافلا رجوع له .

ولذا فإن رجوع المحال عليه عند هؤلاء في الحالتين الاستثنائيتين يكون كرجوع المأمور بالأداء ، أو المأذون فيه أعني أنه إنما يرجع بما أدى إذا كان من جنس الدين ، ولم يزد عنه ، وإلا فإنه يرجع بالدين ، لأنه إذا زاد ، فمتبرع بالزيادة ، وإذا خالف عن الجنس ، فمعتاض عن الدَين ، حتى إنه لو أُبرئَ لم يستحق الرجوع بشيء ، ولو صالح على البعض لم يستحق الرجوع إلا بهذا البعض الذي أداه ، وإن كان ثَمَّ من ينازع في هاتين الغايتين (حكم الإبراء والصلح على البعض) كبعض الشافعية .

وهكذا أيضاً قرر الإباضية : إلا أنهم في حالة الاستبدال عن الدَين يجعلون الخيار لمن عليه الرجوع : إن شاءَ غَرِم مثل الدَين ، أو ما اعتيض عنه به[٤] .

غير أن المالكية والحنابلة والإمامية وبعض الشافعية يطلقون القول في مسألة الصلح على غير جنس الدَين بالرجوع بالأقل من الدَين والمؤدّى ، مراعاةً لما غَرِم مع اعتبار الزيادة عن الدَين

(١) البدائع ١٩/٦

(٢) البدائع ١٥/٦ والعناية بهامش فتح القدير ٤١٠/٥ والبحر ٢٧٣/٦

(٣) البحر ٢٧٤/٦

(٤) مغني المحتاج ٢٠٩/٢ / ٢١٠ ونهاية المحتاج وحواشيها ٤١٦/٤و ٤٤٧ والبحر الزخار ٧٧/٥ / ٧٨ وشرح النيل ٦٧٦/٤

تبرعاً (١) . هـذا مع أن الصلح معاوضة مستقلة ، إن وقعت فيها مسامحـة فمن أجل المُصالح وقعت ، لا من أجـل المدين ، وهذا قـد سقط بهـا دينـه كمَلاً ، فينبغي أن يرجـع به عليـه كذلك (٢) . وقـد يـكون ذا أهميـة أن أسجـل هنا عبارة الخطيـب في مغني المحتـاج من كتب الشافعيـة فإنها موجـزة جامعـة ، وإن كان كلامه في الحوالة على الـكفيل :

« لو أحـال المستحق على الضامن ، ثـم ابرأ المحتال الضامن ، هل يرجـع الضامن على الأصيـل أو لا ؟ رجّـح الجـلال البلقيني الأول والمعتمدُ الثـاني ، لقول الأصحـاب : إذا غَرِم رجـع بما غَرِم ، وهـذا لم يغرَم ، ومثل ذلك مالو وهبـه المستحق الدَين ، فإنه لايرجع ، بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع ، كما لو وهبت المرأة الصَداق للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، فإنه يرجع عليها بنصفـه ، بخلاف ما لو أبرأته منه قبل قبضها ، فإنه لايرجع عليها بشيء (٣) » .

(ثانيا)

حالة الاداء الحكمي

٢٤٩ – ويقوم مقام الأداء الفعلي الأداءُ الحكمي عند الحنفية (٤) :

وإيضاح ذلك أن المحال عليه قد يَرِث المـال المحـال به ، أو يهبه له المحـالُ أو يتصدق بـه عليه . . . الخ . ما أسلفناه (في الفقرة / ٢٢٦) فيكون هذا إيفاءً للدَين حـكماً ، لأنه يساوي ما لـو أداه بالفعل ثم عاد إليـه بسبب من أسباب الملكية . وإذن فيكون له حق الرجـوع على المحيـل ، إن لم يـكن مدينـا له ، فإن كان مدينا له سقط عنـه حق المحيـل فليس لهـذا رجـوع عليـه ، لوقوع التقاص (٥) .

أما الإبراءُ فإن المحال إذا أبرأ المحـال عليـه من دَين الحـوالة لا يقوم هذا الإبراءُ مقـام الاداء إلا في إنهـاء الحـوالة براءة ذمة المحـال عليـه ، دون رجـوع هذا (أي المحال عليـه) على المحيـل ، لأن الإبراء المحض (٦) في موضوعنا هـذا هـو مجـرد إسقـاط لا تمليك فيه ، ولذا لا يرتد بالرد ، فغايـة

---

(١) الخرشي على خليل ٢٤٢/٤ / ٢٤٣ والمغني لابن قدامة ٥ / ٨٩ وتذكرة الفقهاء ٩٥/٢

(٢) نصت المادة / ٦٩٨ من المجلة على أنه « ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل قبل أداء الدين ولايرجع إلا بالمحال به ، يعني يرجع بجنس ما أحيل عليه من الدراهم ، وإلا فليس له الرجوع بالمؤدّى ، مثلا لو أحيل عليه بفضة وأعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له أن يطالب بالذهب ، كذلك او أداها بأموال وأشياء أخر فليس له إلا أخذما أحيل عليه » .

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢١٠

(٤) الذي يستفاد من كلام البدائع (١٩/٦) وغيره أن الأداء الحكمي (الذى هو في معنى الأداء الفعلي) يتحقق فيما إذا ملك المحال عليه الدّين المحال به بسبب من أسباب الملكية ، كالإرث أو الهبة أو الصدقة .

(٥) نص المجلة في هذا الشأن في المادة / ٧٠٠ : « لو توفي المحـال له فورثه المحال عليه لايبقى حكم الحوالة » .

ونص مرشد الحيران في المادة / ٩١٢/ على أن الهبة يستحق بها الرجوع .

(٦) الإبراء المحض هو الذى ينشيء إسقاط الحق بإرادة صاحبه ، وهو غير الإبراء الذي يحمل معنى الإقرار بالقبض . (والأول) يسمى : إبراء الإسقاط ، (والثانى) : إبراء الاستيفاء . وسيأتى الكلام على أثرهما تفصيلاً في فصل انتهاء الحوالة .

واستناداً الى هذا التقسيم في الإبراء ، والتمييز بين نوعيه يفرقون بين قول الطالب للمحال عليه : أبرأتك ، وقوله : برئت إليّ من مال الحوالة – فيجعلون التعبير الأول إبراء إسقاط ، والثانى إبراء إيفاء أو استيفاء ، لدلالته على ابتداء التصرف من الجانب المطلوب وانتهائه الى الطالب ، نظراً لأنه لاينتهى الى الطالب من المحال عليه في البراءة إلا إيفاؤه – فيكون هذا الثانى إقرارا بالإيفاء من قبض أو ما في معناه ففيه الرجـوع .

ويختلفون في قوله له : « برئت » بدون تلك الغاية وهى قوله : « إليّ » فيرجحون مذهب أبي يوسف أنها من النوع الثانى ، ويجعلها محمد من الأول . (راجع حوارهم في الزيلعى ١٥٧/٤ وفي البحر ٢٤٨/٣ وفي غيرهما من المطولات) .

ما يحصل به هنا خروج المحال عليه عن ضمان ما للمحال وانفكاكه من التزامه : أما ما في ذمته أو عنده للمحيل فلصاحبه ، حتى ولو كانت الحوالة مقيدة به ، لأنه حينئذ ـ بعدما سقط شاغله ، وهو الضمان المذكور ـ صار كالمرهون بعد فكاكه إذ يحق للراهن استرداده[١] .

٢٥٠ ـ وينازع الإمامية ـ وهم من القائلين بالحوالة المطلقة ـ في أن المحالَ عليه غيرَ المدين للمحيل يستحق الرجوع على المحيل إذا ملك دَين الحوالة بهبة أو صدقة أو ميراث ، لأنه لم يغرم شيئاً ، قياساً منهم على الإبراء .

حتى إن الهبة بعد القبض يرى الإمامية في أحد وجهين أنها كالهبة قبل القبض لا تعطي حق الرجوع ، وفي وجه آخر يرون بالعكس أن المحال عليه يملك بها حق الرجوع إذا أدى فعلاً دَين الحوالة ثم رده عليه المحال بالهبة ، قياساً على الوجهين فيما إذا وهبت المرأة صَداقها لزوجها ، ثم طلّقها قبل الدخول . أما قبل القبض ، فالأصل عندهم أن الإنسان لا يملك شيئاً في ذمته ، وإنما يسقط عن ذمته إذا وجد سبب الملك[٢] .

أما الزيدية فموافقون للحنفية في أن الهبة وما إليها يستحق بها الرجوع[٣] .

٢٥١ ـ ومن قَبيل الأداء الحكمي من الضامن (المحال عليه) أن يحيل الطالب على ثالث[٤] .

ويقول أيضا في ذلك صاحب « المغني » من الحنابلة :

« فإن أحال كانت الحوالة بمنزلة القبض ، ويرجع بالأقل مما أحال به أو قَدْرِ الدين ، سواءٌ قبض الغريم من المحال عليه (الثاني) ، أو أبرأه ، أو تعذر عليه الاستيفاء بفَلَس أو مَطْل ، لأن نفس الحوالة كالإقباض »[٥] .

أما إذا كان الذى أحال عليه الضامن غير مدين له ، فهذا لا يجدي فتيلاً وهو كعدمه تماماً عندمن لايرى الحوالة المطلقة (ر : ف/ ٦٠) . أما عند مصححيها ، فهي أداءٌ حكمي يبرأ به الضامن[٦] والمضمون عنه (المحيل الأول) كلاهما . لكن لا يكون لهذا الضامن الأول (وهو المحيل الثاني) حق الرجوع على المضمون عنه في الحال لأنه لم يغرم شيئاً بمجرد الحوالة الثانية ، وإنما يكون له هذا الحق بعد أداء المحال عليه الثاني ورجوعه عليه ، حتى لو أن المحال عليه الثاني أبرئَ من دَين الحوالة فلارجوع أصلاً : لا للضامن الثاني على الأول ، ولا للضامن الأول على المضمون عنه (أي المحيل الأول)[٧] وهل يكون للهبة والصدقة في الحوالة الثانية أيضاً حكم الإبراء ؟ يعود هنا ما قدمناه آنفا (ر : ف/ ٢٥٠) .

٢٥٢ ـ تنبيه : يستخلص من كل ما تقدم أنه يجب التمييز بين رجوع المحال على المحيل ورجوع المحال عليه على المحيل في الأسباب والشرائط :

ـ فرجوع المحال على المحيل لا يكون إلا

(١) حواشي الزيلعي ٤/١٧٤ وفتح القدير ٥ / ٤٥١ والبحر ٦/٢٧٣
(٢) تذكرة الفقهاء ٢/١١٢
(٣) البحر الزخار ٥/٥٨
(٤) تذكرة الفقهاء ٢/١١٢

(٥) المغني لابن قدامة ٥ / ٨٩
(٦) وهو المحال عليه الأول الذى أصبح محيلاً في الحوالة الثانية .
(٧) تذكرة الفقهاء ٢/١١٢

في انفساخ الحوالة أو ما في حكمه (وهو التوَى عند الحنفية خاصة). ذلك لأن الحوالة عقد لازم كما سبق تفصيله في محله، ولا رجوعَ في العقد اللازم إلا بانتقاضه، ولا يكون انتقاض الحوالة إلا بالتراضي - كعقدها - أو بأسباب معينة كالتوَى كما (سيأتي في الفصل الأخير المخصَّص لانتهاء الحوالة وطرق ذلك الانتهاء ونتائجه).

أما هنا فالكلام إنما هو في رجوع المحال عليه على المحيل أسبابه وشرائطه.

ويميز هنا بين سببٍ يخرج به المحال عليه من الحوالة، أي تسقط به مسئوليته عن دين الحوالة فقط، وسبب يُسقط مسئوليته هذه ويجعل له فوق ذلك حق الرجوع على المحيل واستيفاء مقابل دَين الحوالة منه.

أ)- فالسبب الذي يسقط مسئوليته فقط تجاه المحال أمران:

١ - فسخ الحوالة بين المحيل والمحال.

٢ - إبراءُ المحال للمحال عليه عن دين الحوالة إبراءَ إسقاط، فهذا الإبراءُ يُعفيه من التزامه في الحوالة ولا يسوغه شيئاً تجاه المحيل، لأنه لم يَغْرَم شيئاً ولم يملك شيئاً، كما سبق بيانه. (لكن في حالة فسخ الحوالة يعود الدين على المحيل كما كان، فيطالبه به المحال، بخلاف حالة الإبراء فإن المحال عليه يخرج به من الحوالة ولا رجعة للمحال المبرئ على المحيل).

ب)- أما ما يخرج به المحال عليه من الحوالة ويسوغه الرجوع بدينها على المحيل (إن لم يكن متبرعاً بها تبرعاً) فهو الأداءُ أو ما في حكمه، من الأسباب التي يملك بها المحال عليه الدين المحال به، كما لو ورث من المحال الدَين أو وهبه هذا إياه أو تصدق به عليه.

ويتضح من ذلك أن كل ما يوجب للمحال عليه رجوعاً على المحيل يخرج به المحال عليه من الحوالة، ولا عكس، فقد يخرج من الحوالة بالإبراء فلا يحق له الرجوع على المحيل.

هذا في إبراء الإسقاط. أما إبراءُ الاستيفاء إذا صدر من المحال للمحال عليه، فهو من الحالات التي تستتبع حق الرجوع على المحيل، لأن إبراءَ الاستيفاء هو في الحقيقة إقرار من المحال بقبض دين الحوالة من المحال عليه، فمردُّه في الحقيقة إلى سببية الأداء نفسه، فهو مثبت له، وما تسميته (إبراءً) إلا نظرًا إلى صدور هذا الإقرار بعبارة الإبراء بعد استيفاء الدائن حقه.

وعلى هذا الأساس وُجد التفريق المشار إليه آنفا (حاشية الفقرة/ ٢٤٩) في المذهب الحنفي بين قول المحال للمحال عليه: (أبرأتك من دَين الحوالة) وقوله له (برئت إليّ من دَينها) حيث اعتبر التعبير الأول إبراءَ إسقاط لا يوجب للمحال عليه رجوعاً على المحيل، والتعبير الثاني إبراءَ استيفاء يثبت له حق الرجوع عليه، مع الخلاف في ذلك بين أئمة المذهب كما سلف بيانه.

ولينظر في مستندات هذا التنبيه ما سبق ذكره من المراجع في هذا (المطلب)، وخاصة البدائع ٦/١٧ - ١٩ والبحر ٦/ ٢٤٨ - ٢٤٩ والمجلة/ ٦٨١ و٦٩٠ ورد المحتار ٤/ ٢٩١ - ٢٩٢.

ولينظر في بيان الفرق بين إبراء الإسقاط وإبراء الاستيفاء وكون هذا الأخير من قبيل الإقرار بالقبض رد المحتار في البيوع ١٦٨/٤ والمادة /١٥٣٦ من المجلة [١] .

٢٥٣ ــ وفي حالة الأداء الحكمي بطريق الحوالة ، أي إذا أحال المحالُ عليه الطالبَ على غير المحيل ، لا يملك المحالُ عليه الأولُ حقَّ الرجوع على المحيل ، إلا بعد قبض الطالب فعلاً من المحال

(١) هذا التنبيه لم يكن في أصل الموضوع كما قدم من كاتبه الأستاذ المحترم ، وإنما أضفناه في إدارة الموسوعة هنا تلخيصاً لأسباب رجوع المحال عليه على المحيل وتخليصاً لها من بعض الاشتباهات التي قد تقع بينها وبين رجوع المحال على المحيل .

والذي دعانا الى هذا التنبيه هو أن الأستاذ المحترم كاتب الموضوع قد قرر هنا في بحث الأداء الحكمي وقيامه مقام الأداء الفعلي أن المحال إذا أبرأ المحال عليه من دَين الحوالة « يعود حق المحال تجاه مدينه الأصيل المحيل كما كان فللمحال مطالبته به واستيفاؤه منه » .

وهذا من الأستاذ المحترم كاتب الموضوع مبنيٌّ على فهمه أن إبراء المحال للمحال عليه تنفسخ به الحوالة كما تراءى له من بعض عبارات فقهاء المذهب الحنفي .

وقد صرح بذلك أيضاً في مطلب (انتهاء الحوالة بطريق الإبراء) الذي سيأتي في الفصل الثالث الأخير عن انتهاء الحوالة، قائلاً عن إبراء المحال للمحال عليه : « إنه فسخ للحوالة في المعنى سواء قبله هذا أم لم يقبله، فيكون كأنما أقاله من الحوالة وأعفاه من تبِعاتها فيعود الدَّين المحال به سيرته الأولى» .

وكذلك صرح بهذا الفهم في مبحث لزوم الحوالة (وكونها عقداً لازماً أو جائزاً) فذكر أنه « يستثنى من لزوم الحوالة حالة الإبراء المذكور » .

وقد استند في هذا الفهم الى البحر ٢٤٩/٦ و ٢٧١ وابن عابدين ٢٧٦/٤ .

وإني في مراجعة الموضوع لتنقيحه وتهيئته للطبعة التمهيدية توقفت عند هذا الكلام لأنه خلاف ما أعلم ، واستغربته لأنه إذا صح ينقض بناء الحوالة وأحكامها ويهدم مركز الاستناد في قيمتها وأهميتها وشأنها العظيم في نظام المعاملات والتجارة ، لأنه يفقدها القوة الملزمة التي يقوم عليها استقرار التعامل ، ويجعلها كخاتم في إصبع المحال الدائن يلعب به كما يشاء ، فإن أراد إلغاء الحوالة والعودة على المحيل فليس عليه إلا أن يبرئ المحال عليه دون أن يخسر شيئاً بهذا الإبراء، بل يعود دينه سيرته الأولى على المحيل ، فأين عندئذ ما يقرره فقهاء المذاهب أجمعون من أن الحوالة تبرئ المحيل من الدَّين المحال به ، سواء منهم من يعتبرها بيعاً للدين وهم الجمهور ، ومن يعتبرها عقداً مستقلاً كالحنفية ؟ !

وبالرجوع الى المراجع الحنفية التي عزا إليها الأستاذ كاتب الموضوع وجدنا عكس ما قال ، فهي متفقة كلها على أن إبراء المحال للمحال عليه يُنهي الحوالة ولا يعطي المحال عليه حق =

= الرجوع على المحيل مالم يكن الإبراء إبراء استيفاء ، بخلاف مالو وهبه المحال دَين الحوالة هبةً او تصدَّق به عليه ، فإنه حينئذ تنتهي به الحوالة ويحق للمحال عليه الرجوع على المحيل لأنه أداء حكمي ، كما تقدم إيضاحه . وكل هذا في رجوع المحال عليه على المحيل لا في رجوع المحال .

ولم نجد أحداً أصلاً من رجال المذهب الحنفي يقول بما ذهب إليه الأستاذ كاتب الموضوع من أن : « إبراء المحال للمحال عليه يُلغي الحوالة ويعيد الدَّين المحال به سيرتَه الأولى على المحيل فيعود للمحال حق مطالبته به واستيفائه منه ، وأنَّ هذا استثناء من صفة اللزوم في عقد الحوالة » .

لذلك لم نر بُدّاً من الجزم بأنَّ ما فهمه الأستاذ كاتب الموضوع في هذا الشأن من المراجع الحنفية التي عزا إليها هو خطأ وعكس المقرر في المذهب ، فتتبعنا المواطن التي قرر فيها هذا المعنى أو كرره أو ناقشه وقارنه بالمذاهب الأخرى أو عطف إليه في إحدى المناسبات (وكانت هذه المواطن والمناسبات متعددة في الموضوع) فقمنا فيها بالحذف والتعديل ، وصغنا المبحث الآتي عن نهاية الحوالة بطريق الابراء صياغة جديدة تتوافق مع الصواب .

ولم يكن هذا الخطأ من الأستاذ كاتب الموضوع ليغضَّ من مكانته العلمية في نظرنا وهو الذي نشهد له بطول الباع ، وسعة الاطلاع ، وبلونا فيه القدرة على الغوص العميق في اللجج الفقهية ، ولكن جلَّ من لا يسهو .

ومنشأ الشبهة التي حصلت له ــ فيما ظهر لنا من مراجعة المرجع الذي عزا إليه ــ هو جملة جاءت ضمنَ عبارة لابن نجيم في « البحر » خلال كلامه على مسألة مالو حملت الحوالة صفة المصارفة بأن كان الدين على إنسان نقوداً ذهبية ، وكان له على آخر نقود فضية ، فأحال دائنه على مدينه حوالة مقيدة بما له عليه على أن يؤدِّيه الى المحال نقوداً ذهبية ، فهذه الحوالة تضمنت مصارفة بين نوعين من النقود . فنقل صاحب البحر هنا (٢٧١/٦) أن الحوالة لايشترط لصحتها القبض إلا في مسألتين هذه إحداهما ، فيشترط هنا لصحتها أن يدفع المحال عليه الى المحال في مجلس قبول الحوالة لوجوب التقابض في مجلس الصرف . ثم أتى صاحب البحر بعد ذلك بكلام غير مفهوم ولا مترابط مما يدل على وجود سقط واختلاط في الكلام في النسخ أو في الطبع ، وفي أثناء هذا الكلام المختل غير المفهوم للسقط الذي فيه جاء في البحر ما يلي : « .... والنقل الى ذمته توثيق بمنزلة الملاءة عادة لاتفويت للقبض =

عليه الثاني، وعلّله السرخي بقوله: «لأنه بعُرْضة العَوْد على الأصيل، لأن الحوالة تنفسخ بموت المحال عليه مفلساً»[1].

٢٥٤ - مما سبق بيانه يتفرع السؤال التالي:

إذا أدّى المحال عليه دين الحوالة حقيقةً أو حكماً، ثم أخذ بحقه في الرجوع على المحيل، فطالبه بما ثبت له عليه من هذا الطريق، لكن المحيل أنكر عليه هذا زاعماً أنه كان دائناً له، وأن التقاصّ يمنع المطالبة فماذا يكون الحكم؟ يقول الحنفية: إن المصدَّق في هذا النزاع هو المحال عليه، لأن المحيل يدعي عليه ديناً، وهو ينكر، والقاعدة الفقهية أن القول للمُنْكِر بيمينه إذا لم تكن عليه بينة.

= المستحق إلا أن يبرئه المحال فينعكس ويبطل الصرف لأنه فسخ مجازاً كيلا يلغو إذا لاقى ما له حكم الغير حذار الاستبدال الغير مشروط بالقبول لوجود الرضا ضمن الحوالة ضد غيرها ......» ! !

فقد فهم الاستاذ كاتب الموضوع من جملة (لأنه فسخ مجازاً) أن إبراء المحال للمحيل هو فسخ لكل حوالة يعود به دين المحال الى ذمة المحيل فيطالبه به المحال. وهذا غير صحيح كما أوضحناه: (أولاً) لأن عبارة البحر هذه بما فيها من سقط واختلال غير مفهومة فلا يجوز الاستناد إلى شيء منها قبل معرفة أصلها الصحيح. (ثانياً) لأنها خاصة بحوالة تحمل معنى المصارفة التي يجب فيها التقابض وقد فات بالإبراء، فلا تفيد أن إبراء المحال للمحال عليه يفسخ الحوالة بوجه عام، ويعيد الدَّين على المحيل، وإلاّ فقدت الحوالة كل معناها وغايتها وقيمتها، وذلك يناقض الإجماع الفقهي على أنها عقد لازم.

وقد كنا في غنى عن هذا التنبيه والتعليق بالمذاكرة الشفهية مع الأستاذ الكاتب ليقوم هو بتعديل ماكتب وتصحيحه لولا أنه ترك العمل في هيئة التحرير لدينا ورجع الى مقر عمله الجامعي. **(خبير الموسوعة)**

(١) المبسوط ٢٠/ ٧١. وهو قد فرض كلامه في الإحالة بمؤجّل الى أجل مثله أو أكثر أو أقل، ولكن الأجل لاتأثير له في هذا الحكم، فأمكن تعميمه. ومراده بالأصيل: المحيل الثاني الذي هو المحال عليه الأول.

ولا يمكن أن يكون إقرار المحال عليه بالحوالةِ، أو قَبوله إياها، إقراراً بالدَّيْن حتى يصدَّق المدعي، لأن الحوالة لايُشترط فيها دَين على المحال عليه، بل ولا يَتبادر إلى الذهن وجود هذا الدين - لأن الحوالة حقيقةً إنما هي المطلقة، أما المقيَّدة فتوكيل بالأداء والقبض[2] - ولو كان هذا النزاع قبل الأداء لم يختلف الحكم لاطراد العلة[3].

٢٥٤ / ٢ - وقد جزم بما جزم به الحنفية صاحب «تذكرة الفقهاء» من الإمامية[4] لكن صاحب الروضة البهية منهم ردّد فيها ترديداً كثيراً، إذ يقول: إن هذه من وقائع تعارض الأصل والظاهر. ذلك أن الأصل براءة ذمة المحال عليه، والظاهر أن الحوالة تكون على مدين، وإن لم يكن ذلك بحتم، والغالب ترجيح الأصل، إلا في مواضع نادرة، فإذا جرينا على الأصل - كما هو الراجح هنا - يحلف المحال عليه أنه لم يكن مديناً للمحيل، ويرجع عليه، ولو كانت الحوالة بلفظ الضمان (وهذا سائغ عند الإمامية في الحوالة المطلقة لأنها بالضمان أشبه) ويحتمل ترجيح الظاهر (وهو دلالة الحوالة على المديونية) وحينئذ إنْ جرى العقد بلفظ الضمان صُدِّق المحال عليه (بيمينه في عدم مديونيته) وإن جرى بلفظ الحوالة صُدِّق المحيل (عملاً بالظاهر).

هذا إن قلنا بجواز الحوالة على غير مَدين، وإلا فالتعارض في المسألة من قبيل تعارض الأصلين (لا الأصل والظاهر). إذ الإصل من ناحية: براءة الذمة، وهذا يؤيد المحال عليه. والأصل من ناحية

(٢) البدائع ٦/١٩ والزيلعي على الكنز ٤/١٧٣ والبحر ٦/٢٧٣
(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٠٤
(٤) تذكرة الفقهاء ٢/١١٢

أخرى صحة الحوالة ، وهذا يؤيد المحيل ، فيتساقطان ، ويبقى مع المحال عليه الأداءُ عن المحيل بإذنه ، فيرجع عليه .

ولا يلزم من بطلان الحوالة بطلانُ الإذن الذي كان من ضمنها ـ لأن الطرفين متفقان على الإذن بالأداء وإنما خلافهما في شيء آخَر ، ويُحتَمل عدم الرجوع ترجيحاً للصحة وصيانةً للتصرف الحاصل عن الإلغاء . ومن لازم الصحة ، في هذه الحالة ، اشتغال ذمة المحال عليه [1] .

٢٥٥ ـ وقد يكون مدار النزاع بين الآذن في إيفاء دينه والذي وفّاه أكان ذلك بطريق الحوالة أم الكفالة ؟ والمسألة بهذه الصورة متصورة عند مثبتي الحوالة المطلقة ونفاتها ـ وهذا هو الذي عَرَض له الإباضية إذ قرروا : إن المصدَّق هو الموفي ما دام لم يقر باستعمال لفظ الحوالة في العقد ، إذ الأصل عدمها ، ولا معارض لهذا الأصل ، بل يصدَّق بلا يمين . أما إذا أقر بلفظ الحوالة ، ومع ذلك ظل ينكر الدَين ، ففي المسألة إذن احتمالان : (أحدهما) ـ وهو الأقوى ـ أنه المصدَّق أيضا بلا يمين ، لأن الاصل عدم الدين . (والثاني) ان الذي يصدَّق بلا يمين هو الآذن ، لأن الظاهر معه ، إذ الحوالة حقيقة تتطلب دَيناً في ذمة الموفي بمقتضاها ، هذا كله إذا لم يكن للجانب الذي لم يقبل قوله بينة ، وإلا عُمل بها [2] .

٢٥٦ ـ ورجوع المحال عليه على المحيل ، ظاهر في الحوالة المطلقة كما علمناه ، أما في المقيدة فيحتاج إلى تأمل ولا يُبَتُّ القول بنفيه فيها ، ويمكن أن يقال إن له فيها مظاهرَ شتى أيضاً كما في الحالات التالية :

أ) ـ إذا ارتفع الدَين المحال عليه في الأثناء بأمر عارض ، فإن الحوالة المقيدة به تبقى ، وإذا أدّى المحال عليه رجع على المحيل بما أدّى ، مثال ذلك : أن يكون الدَين ثمن سلعة ثم ترد بعد الحوالة عليه لعيب فيها [3] .

ب) كذلك على الاستحسان في الحوالة المقيدة بوديعة مثلاً ، إذا أدى المحال عليه غيرها استحق الرجوع بقدر ما أدى (ر : ف/٢٤٧) .

ج) ـ وحين يحال على الكفيل بدين الكفالة فإنه يرجع بعد أدائه على المكفول عنه ، أو على المحيل (المكفول له) على تفصيل فيه (ر : ف/ ٢٤٦ و ٢٥٧) .

د) ـ ثم إنه في كل حوالة مقيدة بدَين إذا وفّاها المحال عليه ، يسقط عنه دين المحيل في مقابل ما ثبت له على المحيل بما وفى عنه ، فيفترض عندئذ أنه رجع عليه بطريق التقاصّ [4] .

تنبيه :

٢٥٧ ـ أحيانا لا يكون الرجوع حقّاً للمحال عليه على المحيل ، بل على غيره : إما إلزاما أو تخييرًا :

أ) ـ فمن النوع الأول الإلزامي : مسألة ذات وجوه واحتمالات عملية قد تمس الحاجة في معاملات الناس

---

(١) الروضة البهية ١/٣٦٨

(٢) شرح النيل ٤/٦٤٤

ومن الواضح في حالة الخلاف على ثبوت الدّين ـ أن المصدّق نافيه (مغني المحتاج ٢/١٩٧) ر : ف/ ١٠٠) لكن التصديق بلايمين مخالف للقاعدة المقررة : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ولعل منشأه ضعف التهمة في نظرهم .

(٣) البحر ٦/٢٧٥ . نعم قد يقال : إن الحوالة المقيدة في هذه الحالة تنقلب مطلقة . لكنه في الجملة رجوع في حوالة مقيدة .

(٤) الأشباه والنظائر بحاشية الحموى ١/٤٩

إلى معرفتهـا ننقلهـا هنا بنصها كمـا جاءت في الفتاوى الهندية :

«لو أحـال الطالب دائنه بالمال على الكفيـل يبرأ الـكفيـل من الطالب . وللطالب أن يطالب المكفول عنه ، وللـكفيل أن يأخـذ المـكفول عنـه حتى يخلصه من الحـوالة . فإن استوفى المحتال المال من الـكفيل برئ المـكفول عنـه (تجـاه الطالب) ولا يرجـع (الكفيل) بما أدى على المحيــل ، ولكن يرجـع على المـكفول عنــه .

وإن أدّى المكفول عنه المال إلى المحيل قبل أن يؤدي الكفيل إلى المحتال ، لم يكن للكفيل على المـكفول عنه سبيل ، لـكنه يأخذ المحيـل (الذي استوفى) حتى يخلصه من الحوالة ، ولا يبرأ الكفيل من حق المحتال . فإن أدى الكفيل إلى المحتال ، بعد ذلك ، كان له أن يرجـع على المحيــل (الذي استوفى قبلاً) دون الأصيل (المكفول)» [١] .

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣٠١

وقد وضعنا خلال هذا النص الفقهي بعض الأوصاف بين أقواس لإيضاحه ، ونظراً لأن في هذه المسألة أربعة أطراف وأربع حالات قد يزيغ الفكر فيها بمشتقات الكفالة والحوالة ، وتسهيلا على القارئ نصور المسألة ثانياً بأسماء الأعلام مع بعض تعليلات كما يلي :

لأحمد دَين على بشير ، ولبشير دَين على نذير بكفالة عبدالله :

(١) فإذا أحال بشير دائنه أحمد على عبدالله ، فإن عبدالله يبرأ بهذه الحوالة عليه من دين الكفالة تجاه بشير ، ويبقى لبشير (الطالب المحيل) حق مطالبة نذير (المكفول عنه) كما يكون للكفيل عبدالله حق ملاحقة نذير أيضاً لتخليصه من الحوالة (لأنه كفيل بأمره) .

(٢) فإذا أدى الكفيل عبد الله الى أحمد بمقتضى الحـوالة برئ نذير المكفول تجاه دائنه بشير ، ويستحق عبدالله الرجـوع على مكفوله نذير لا على بشير المحيل .

(٣) وإذا أدى نذير الى بشير دينه قبل تأدية عبدالله الحوالة الى أحمد يبقى لأحمد حقه في مطالبة عبدالله بمقتضى الحوالة كما يكون لعبدالله أن يلاحق بشيراً لتخليصـه من الحوالة ، لأنه استوفى دينه الذى أحال به . =

ب) ـ ومن النـوع الثاني التخييري : ما قرره الحنفية من أن الرجوع في كل حوالة فاسدة أو باطلة موكـولٌ إلى مشيئـة المؤدِّي : إن شاء رجـع عـلى المحيــل كالصحيحة وإن شـاء رجـع على القابض ـ لفساد قبضه تبعـاً لفساد الحـوالة ـ نصوا عـلى ذلك في صور الاستحقاق ، أي حين يتبين أن لا دَين على المحيــل لأنه كان ثمن مبيـع مثلاً لا ولايـة لبائعـه عليـه [٢] وقدمنـــا (في الفقــرتيــن ١١٩ و ٢٧٩) بعض أمثلة الفساد والبطلان .

٢٥٨ ـ لا يوجد لغيـر الحنفيــة في الحــوالة الباطلة التخيير الذي جعلوه للمحال عليه في الرجوع : أن يرجـع إن شاء على المحيــل ، وإن شاء عـــلى القــابض ، إذ معنى بطلان الحــوالة سقوطُ جميع آثارها فمن أعطى بمقتضاها شيئاً هو في الواقـع غيرُ مستحَقٍّ عليــه استردَّه ممن أعطاه إيــاه ، ومال المحال عليــه قد دُفـع إلى المحال ، فعليه يــكون رجوعه .

ولذا يقول الخطيب من الشافعيــة في مسألة بيع الحُرّ والإحالة بثمنه : بطلت الحوالة لأنه بان أن لا ثمن حــتى يُحال به : فيرد المحـال على المشتري ما أخــذه منه ، ويبقى حقه كما كان . وهكذا كل ما يمنـع صحـة البيـع ككونه مستحَقّـاً [٣] .

= (٤) فإذا أدى عبدالله الحوالة الى أحمد بعد ذلك استحق الرجوع على بشير المحيل دون نذير المكفول ، لأن بشيراً قد استوفى دَينه الذى على نذير مرتين : مرة بطريق الحوالة ، وأخرى مباشرة من نذير . هذا وقد سبق تحت الفقرة / ٢٤٦ أن غير الحنفية يجعلون حق الرجوع للكفيل على المكفول عنه لا على المحيل ، واستوفينا بيان مستند الخلاف في ذلك بينهم وبين الحنفية بما فيه الكفاية في الحاشية ، فلينظر .

(خبير الموسوعة)

(٢) ابن عابدين ٤/٢٩٤ ـ ٢٩٥

(٣) مغني المحتاج شرح المنهاج ٢/١٩٧

وهكذا يقرر أشهب من أئمة المالكية ، إذ يقول : «لا حوالة ، والدين كما كان ولو دفع المحال عليه إلى المحال لرجع به» [١] .

ويقول صاحب «تذكرة الفقهاء» من الإمامية في المسألة نفسها : «بطلت الحوالة لاتفاقهم على بطلان البيع ، وإذا بطل البيع من أصله لم يكن على المشتري ثمن . وإذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري وبقي حقه على البائع كما كان» [٢] .

المطلب الثالث
حق المحيل فى مطالبة المحال عليه

نبحث هذا الحق فى نوعَي الحوالة : المطلقة ، والمقيدة .

(اولا)
فى الحوالة المطلقة
بقاء حق المحيل فى المطالبة ، والتزام المحال عليه بالدفع اليه

٢٥٩ ـ يقرر الحنفية أن المحال عليه في الحوالة المطلقة إمّا أن يكون مديناً للمحيل أو عنده له عين ، وإمّا أن لا يكون :

أ) ـ فإن كان : طولب بعد الحوالة بدَينين ، أو دَين وعين :

١ ـ دَين الحوالة الذي التزمه بمقتضاها ونشأ معه للمحال حق مطالبة لم تكن .

٢ ـ ودَين المحيل القائم بذمته من قبل ، أو ماله الذي عنده ، مقترناً بحق مطالبة قديمة ، فإن هذا الحق القديم لا ينقطع بسبب الحوالة ، لأنها لم تقيد بالدَين السابق ولا بالعين فبقيا كما كانا بحقوقهما كاملة ، ومنها حق المحيل في مطالبته والقبض منه .

ويظل المحال عليه كذلك إلى أن يؤدي إلى المحال ، فإذا أدى سقط ما عليه بطريق المقاصّة [٣] لكنها مقاصّة دَين للمحال عليه بعين للمحيل فتتوقف على التراضي [٤] .

ب) ـ وإن لم يكن للمحيل عنده شيءٌ ، فإنما يطالب بدَين واحد ، هو دَين الحوالة لا غيره ، ثم إذا أداه ثبت له حق الرجوع على المحيل إن كانت الحوالة برضاه ، وإلا فلا رجوع عليه [٥] .

والطالب في هذه الحالة هو المحال وحده ، إلا أنه في الحوالة المؤجلة لا تستحق مطالبته أثناء الأجل ، وقد علمنا في أنواع الحوالة متى تكون مؤجلة في حق المحال عليه (ر : ف/ ٥٩) فهي إذن لا تحل عليه إلا بموته هو ، لا بموت المحيل ـ وإن كان تأجيله تابعاً لتأجيل المحيل ـ لأن حلول الأجل في حق الأصيل إنما هو لاستغنائه عن الأجل بموته ، فإذا مات هو فإن المحال عليه ما زال على قيد الحياة وفى حاجة الى الأجل ، فلا وجه لحلوله عليه بحلوله على الأصيل ، لأن الأصيل بريءٌ عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالأجانب

وبقاءُ المحيل على قيد الحياة لا يؤثر في حلول الأجل على المحال عليه بموته هو ، لأنه استغنى عن الأجل بموته ، ثم إن لم يكن في تركته وَفاءٌ بدَين الحوالة ، استَحق الطالب الرجوع على

---

(١) المنتقى على الموطأ ٥/٦٧
(٢) تذكرة الفقهاء ٢/١١٠

(٣) ابن عابدين على الدر ٤/٢٩٤ وحواشي البحر ٦/٢٧٤
(٤) الأشباه والنظائر بحاشية الحموي ١/٤٩
(٥) البحر ٦/٢٧٤

المحيل إلى أجله الأصلي ، لأن هــذا الأجل لم يكن سقط حقيقةً ، وإنما سقط في ضمن الحوالة حكماً ، وقد انتقضت الحــوالة بموت المحال عليــه مفلساً فينتقض ما تضمنتــه ، أعني سقــوط الأجـــل . نظيره : ما لو أن المدين بدَين مؤجل باع به سلعة من دائنه ثم استحقت السلعة ، فإن الأجل يعــود ، لأن سقوطه إنما كان بحكــم البيــع ، وقد انتقض البيــع[١] .

نعم إن كان الأجــل باقيا لــكن المحــال عليــه نــزل عنــه فذاك ، إذ الأجــل حقه فيسقط بإسقاطه (نظيره ما لو أسقط الأصيل الأجــل قبل الحوالة) ثم إن أدى قبــل الموعــد الأصلي لحلول الأجــل فليس له أن يرجــع على المحيــل حتى يحــل ذاك الموعــد ، إذ إسقاط الأجــل صحيــح في حقه ، لا في حــق المحيــل[٢] .

(ثانيا)

في الحوالة المقيدة

سقوط حق المحيل في المطالبة ، وامتناع الدفع اليه

٢٦٠ ــ في الحــوالة المقيدة لا يملك المحيل مطالبة المحــال عليــه بالمــال الذي قُيِّــد وفاؤهــا بــه ، لأنــه قد تعلق به حــق المحال ، فانــه إنما رضي بنقل حقــه إلى المحال عليــه على أن يوفيه حقــه مما للمحيل عنده ، فتعلق به حــق استيفائه ، فــلو أخــذه المحيل لبطل هذا الحــق ، فلا يسلَّط عــلى أخــذه ، وإلا فات الرضا ، وبطلت الحوالة[٣] .

وبعبارة أوجــز : لمــا قيدت الحــوالة بشيء تعلق حق الاستيفاء به كالرهــن ، فلا يــزاحــم فيــه المستحــق ، ولا يدفع إلى غيره . فاذا اتفق أن المحال عليه دفعه إلى المحيل وجب عليــه ضمانه للمحال ، لأنه فوّت عليه ما تعلق به حقه ، كما لو استهلك الرهن أحد فإنه يضمنه لصاحب حق الاستيفاء منه وهو المرتهن[٤] .

٢٦١ ــ وهذان الأثران ليسا عند جماهير الفقهاء من غير الحنفية مجــرد سقوط مطالبــة المحيل ،

---

(١) فتح القدير ٥/٤٥١ ــ ٤٥٢

القــول :

وهذا من تطبيقات القاعدة الفقهية العامة القائلة : « إذا بطل المتضمِّن بطل المتضمَّن » (بصيغة الفاعل في الاول ، والمفعول في الثاني) وهي في الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢ / ٢٧٠) والمادة / ٥٢ من المجلة . **(خبير الموسوعة)**

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٠/٧١ .

(٣) العناية بهامش فتح القدير ٥/٤٥١ والزيلعي على الكنز ٤ /١٧٤ .

(٤) فتح القدير ٥/٤٥١ وابن عابدين على الدر ٤/٢٩٤ .

وقد صرح الزيلعي في بيان الفرق بين الحوالة المطلقة والمقيدة (٤/١٧٤) بما قد يوهم بأن أخذ المحيل المحــال به يبطل الحوالة . وقد يبدو هذا متنافياً مع تصريح الكمال بن الهمــام في الفتح بأن المحال عليه في المقيدة لوسلم المال إلى المحيل فإنه يضمنه إذ معناه بقاء الحوالة لحلول الخلف بالضمان محل الأصل ! ولكن التوفيق ممكن : وذلك بأن يحمل كلام الزيلعي على أنه مسوق لتعليل ما في صدر كلامه من أن المحيل لايملك أخذ ما قيّدت به الحوالة ولا المطالبة به ، إذ لو ملك ذلك وأخذ المال من المحال عليه لفات رضا المحال فيفضي إلى بطلان الحوالة ، إذ يفوت بذلك محل الاستيفاء فيتعذر ويكون الأمر كما لو أعطى المحيل حق الرجوع عن الحوالة .

هذا محمل كلام الزيلعي ولا ينافيه كلام الكمال بن الهمام لأن الكمال إنما يتكلم عن حكم أخذ المحيل من المحال عليه المال الذي قيدت به الحوالة لو وقع ذلك فعلا دون أن يكون هذا الأخذ من حقه ، فيقرر أنه لو وقع ذلك لايبطل الحوالة ، إذ إن المحال عليه يضمن المال بتسليمه إلى المحيل فلا يفوت محل الاستيفاء بوجود الخلف بالضمان . ويؤيده ماجاء في مجمع الأنهر من النص الصريح على عدم البطلان بهذا الأخذ اطلاقا . وعبارته مع متنه : « ولا تبطل الحوالة ــ سواء كانت مقيدة أم مطلقة ــ بأخذه ــ أي المحيل ــ ما على المحتال عليه من الدين ، أو ما عنده من الوديعة أو الغصب » (مجمع الأنهر ٢/١٤١) .

وابن نجيم في البحر الرائق لخص عبارة الزيلعي تلخيصا مضطربا قد يوهم أن الحوالة المقيدة تبطل بأخذ المحيل ما قيدت به ، ومحمله هو ما بيناه من التوفيق .

ومنع الدفع إليه ، لأن حقه صار كالمرهون ، بل عند الجماهير يبرأ المحال عليه من دين المحيل ، ومن ثم يمتنع الدفع إليه ، لأن حقه صار ملكا للمحال ، ولذا إذا توي فإنما يتوى على المحال نفسه [1] ، وهذه قضية يقول بها جميع الذين يمنعون الرجوع على المحيل بالتوى : وهم جميع من سوى الحنفية من المذاهب الثمانية ، عدا الناصر من الزيدية [2] . أما حالات الغرور التي يقول فيها بالرجوع الحنابلة في رواية ، والزيدية في رأي ، والمالكية والإمامية والإباضية ، فليست إلا حالات خيار ، كخيار المشتري حين يجد بالسلعة عيبا ، لا تنافي الملك في شيء ، أو حالات رجوع بسبب بطلان الحوالة نفسها ، وليست رجوعا بسبب التوى (ر : ف/ ٢٩٧) .

وعلى هذا إذا دفع المحال عليه شيئا إلى المحيل فلا علاقة لهذا بالحوالة ولا يحق للمحال من قريب أو بعيد ، وإنما هو كما لو دفعه إلى أجنبي لم تكن له قط صلة بالحوالة القائمة .

(١) نهاية المحتاج ٤/٤١٣ – ٤١٤ .
(٢) البحر الزخار ٥/٦٨ .



الفصل الثالث

انتهاء الحوالة



الفصل الثالث

انتهاء الحوالة

انتهاء الحوالة

٢٦٢ ـ انتهاءُ الحوالة قد يكون بأداء مالِهَا إلى المحال، وقد يكون بما يساوي هذا الأداء مما أسلفناه (ر: ف/٢٢٦ و٢٤٩) وقد يكون بدون هذا وذاك ـ كما في حالات الفسخ، والإبراء، وفوات العين التي قُيِّدت بها الحوالة إلى غير خَلَف، وموت المحال عليه مُفْلِساً، وجَحْده، وتفليسه وهو على قيد الحياة من بعض وجهات النظر، ويمكن ترتيب هذه النهايات بأسبابها المختلفة في فرعين: (الأول) في انتهاء الحوالة بالتنفيذ (الثاني) في انتهاء الحوالة دون تنفيذ.

الفرع الأول

انتهاء الحوالة بالتنفيذ

وفيه مبحثان:

(الأول): انتهاءُ الحوالة بالوفاء.

(الثاني) انتهاءُ الحوالة بما يعادل الوفاء.

المبحث الأول

انتهاء الحوالة بالوفاء

٢٦٣ ـ إذا أدّى المحال عليه مال الحوالة ـ بعينه إن كان عينا، وبمثله إن كان دينا ـ إلى المحال أو من ينوب منابه فهذه هي غايتها المنشودة. ومتى انتهت إلى غايتها فلابقاء لها[1]، بل لو تحققت هذه الغاية لا عن طريق المحال عليه مباشرة، بل عن طريق متبرِّع بالوفاء ـ وهو لا يكون إلامتبرِّعاً عن المحال عليه، ما لم يصرح بخلافه ـ فإن هذا الوفاءَ والذي قبله سواءٌ، من حيث إنهاءُ الحوالة واستحقاق المحال عليه الرجوع على المحيل بما وفاه، على التفصيل الذي قدمناه (ر: ف/٢٤٥ ـ ٢٤٦).

المبحث الثاني

انتهاء الحوالة بما يعادل الوفاء

٢٦٤ ـ قد لا يؤدي المحال عليه العينَ نفسَها التي قُيِّدت بها الحوالةُ، ولا مِثلَ دَينها ـ مطلقةً كانت أو مقيَّدة ـ ومع ذلك تنتهي الحوالة، لأنه قد وقع ما يساوي هذا الأداء، كما في الحالتين التاليتين:

(أ) ـ أن يؤدي المحال عليه شيئاً آخر عن تراضٍ بينه وبين المحال: كما لو كانت الحوالة مقيدة بوديعة ـ ككتاب أو أكثر ـ فيؤثِر المحال عليه الاحتفاظ لنفسه بالوديعة لرغبته فيها ويُعيض المحال منها قيمتَهَا نقدًا، أو كان المحال به دَيناً على المحيل، مقداره ألف دينار مثلاً، فيرغب المحال عليه وهو تاجر أن يبايع بها المحال فيعرض عليه أن يُعيضه من دنانيره، بضائعَ من متجره، كثياب أو غيرها. وقد عرفنا متى يستحق الرجوع على المحيل، وبماذا يكون الرجوع إذا أدي المحال عليه بديلاً عن مال الحوالة (ر: ف/ ٢٤٧).

(ب) أن يموت المحال، ويرث المحال عليه مال الحوالة: لإن الإرث من أسباب الملك، فيملك المحال عليه الدين في هذه الحال[2]، وهذا

(١) البدائع ٦/١٩

(٢) البدائع ٦/١٩.

يعادل تماماً ما لو كان قد وفّاه دينه قبل وفاتـه، ثم عاد إليـه المال بطريق الميراث [١].

وفي معنى الإرث أن يَهَب المحـالُ عليـه دَيْـن الحـوالة أو يَتَصَدَّق به عليه فيقبـل أو لا يرد. وقد أسلفنا ذلك ببيانٍ مستوفًى (ر : ف/ ٢٤٩).

(١) هذه العملية قد اختصرت في حالة الوفاة بما يسمى الآن باتحادالذمة كما في الوسيط للسنهورى ٣/٩٤٦ أي إن ذمة الدائن (المورّث) وذمـة المدين (الوارث) قد اتحدتا بعـد الوفاة، واصبحتا ذمـة واحدة دائنة ومدينة، هى ذمة الوارث، وفي كلتـا الحالين تكون الحوالة قد حققت أغراضها، وانتهت بانتهاء أحكامها.

أقول :

إن القانونيين يعللون سقوط الالتزامات عندما يموت صا حب الحق فيها (الملتزم له) ويرثه الملتزم يعللون ذلك باتحاد الذمـة بالمعنى المشروح لهذا الاتحاد. فهو تعبير مستعار من الاصطلاح القانونى المقتبس من القانون والفقه الأجنبيين. وهو تعبير قـد يصح ويصدق في الفقه الإسلامى على بعض الحالات ولا يصح في معظمها، لأنه في الاصطلاح القانونى الاجنبى قائم عـلى أساس مفهوم للذمة يختلف عن مفهومها في الفقه الإسلامى اختلافاً بيّناً. فالذمة عند القانونيين ليست مقراً اعتبارياً في الشـخص للديون التى تلحقه، وإنما هى مجموع حقوقه والتزاماته غـير المحدودة تتكون من عنصرين : سلبى (الديـون) وإيجـابى (الحقوق). والمقارنة بين مفهومى الذمة الإسلامى والأجنـبى مبسوطة في كتابى الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد (ج٣ فقـرة ١٢٨ — ١٣١).

ومن جهة أخرى يقضي القانون الأجنبي في الإرث أن يحـل الوارث محل المورّث فيما له وما عليه، أو ينسحب من الإرث، أي إنه إذا أراد الارث يتحمل في ذمته الخاصة جميع ديـو ن المورّث مهما بلغت كما يملك أمواله وحقوقه. ومن ثَمّ يرون في الإرث اتحاداً في الذمة بين الوارث والمورِّث. أما في الشرع الإسلامي فالإرث جبريّ لا يُرفض، والوارث إنما يرث أموال الميت وحقوقه (أى الجانب الإيجابى) ولا يحمل في ذمته الشخصية ديونه وإنما تحملها التركة ويرث الوارث ما يزيد عنها وعـن الوصية. فالتعليل أو التعبير باتحـاد الذمة لا يستقيم في نطاق الفقه الإسلامي وإن كان قد تسرّب إلى ألسنة الباحثين المعاصرين اليوم وقد يكون مستساغاً حيث لا تكون التركة مُثقلة بشيء مـن الديون، ويكون مدين الميت هو وارثه الوحيد.

(خبير الموسوعة)

الفـرع الثاني

انتهاء الحوالة دون تنفيذ

وذلك في مبحثين :

(الأول) الانتهاءُ الرضائي.

(الثاني) الانتهاءُ غير الرضائي.

المبحث الأول

الانتهاء الرضائي

ويشمل ذلك مطلبين :

(الأول) الانتهاءُ بطريق التقايل (التراضي على الفسخ)

(الثاني) الانتهـاءُ بطريق الإبـراء.

المطلب الأول

الانتهاء بطريق التقايل (التراضى على الفسخ)

٢٦٥ — الفسخ في اصطلاح الفقهاء هـو إنهاءُ العقـد قبل أن يبلغ غايتـه، وعبارة ابن نجيم : « الفسخ حَلُّ ارتبـاط العقد » [٢].

[فإذا أراد واحد أو أكثر من أطـراف الحوالة — دون أن يـكون له خيـار الشرط — أن يرجع في الحـوالة، فقد قالـوا : « إن المحيـل والمحـال يملـكان النقض » أي نقض الحوالة [٣]. وظاهر أنهم يعنون أن يكون ذلك عن تراض بينهما، لا أن يـكون بطريق الإرادة المنفردة، فإنهم هم أنفسهم

(٢) الأشباه والنظائر ٢/١٩٤

(٣) البحر ٦/٢٧٢ نقلا عن البزازية.

مصرِّحون هنا بفساد هذا الطريق الانفرادي . ومن ذلك قولهم : «لو قيل لصاحب الدَّين : لك على فلان ألف فاحتل بها عليّ ، ورضي الطالب بذلك وأجاز ، صحت ، وليس له أن يرجع بعد ذلك» [١] .

فهذا في المحال ، لا يملك مستقلاً إبطال الحوالة . وكذلك قولهم : «إن المحيل لا يملك إبطال الحوالة» ، أوردوه مورد الاعتراض على تصديق المحيل ، إذا ادعى أن الحوالة كانت مقصودًا بها الوكالة : فقالوا : كيف يصدق وهذا في معني إبطال الحوالة ، وقد قلتم : إن المحيل لا يملكه؟ ونص عبارتهم : «فإن قيل : قلتم إن المحيل لايملك إبطال الحوالة ، فلو لم يجعل المحتال مصدَّقا [٢] لملك المحيل إبطالها ، لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض . قلنا : الحوالة قد صحت ، وهي محتملة أن تكون بمال هو دَين على المحيل ، ويحتمل أن يكون أقامه مَقام نفسه ، فلا يجوز إثبات الحوالة بالاحتمال» [٣] .

ومُفَاد هذا الكلام : أنَّ المحيل لا يملك إبطال الحوالة بعد ثبوت صحتها .

وقد بينّا (ر : ف/ ٢٦٠ و٢٩٠ - ٢٩١) أن الحوالة لاتبطل إذا بدا للمحيل ، فاستردَّ من المحال عليه المال الذي له عليه ، فالمحيل إذن ليس له أيضاً حق الاستقلال بفسخ الحوالة .

أما المحال عليه ، فإذا تراضى مع بقية أطراف العقد على نقضه فذاك . وإذا تراضى الطرفان الآخران واعترض هو ، فلا قيمة لاعتراضه هذا ، لأن العقد حقهما ، ولصاحب العقد إسقاطه [٤] . أما أن يستبد هو بفسخ العقد فهذا ما لاسبيل إليه . وقد سلف لنا في أحكام الحوالة وآثارها (ر : ف / ٢٢٢) أن ليس له مجرد الامتناع عن الدفع بعد صحة الحوالة فكيف بنقض العقد نفسه ؟

وإذن فالعبارة التي نقلناها آنفاً وهي «أن المحيل والمحال يملكان النقض» معناها المراد : أنهما يملكان نقض الحوالة بتراضيهما وحدهما ، دون توقف على رضا المحال عليه] [٥] .

والخلاصة أن الحوالة عند الحنفية تقبل التفاسخ والتقايُل برضا الطرفين الأوّلين فيها ، المحيل والمحال فقط ، ولا يتوقف ذلك على رضا المحال عليه .

٢٦٦ - وقد كان البلقيني من متأخري الشافعية بحث هذه المسألة (إقالة الحوالة) لأنها لم تكن تَرِد في أكثر كتب المذهب ، ولما أعياه العثور على نصٍ مذهبيٍ فيها لجأ إلى الاستنباط ، ومن ثَم قضَى بجوازها بناءً على أن المعتمد عندهم أن الحوالة من قَبيل البيع . ولكن الخطيب رَدَّ عليه استنباطه هذا بأن المسألة منصوصة ، وليست كما استنبط ، لأن الرافعي - وهو مَنْ هو في نقل المذهب وتحريره - جزم في أوائل التفليس بعدم صحة التقايل فيها ، كما أن المتولّي مصرح بأن

(١) البحر ٦/ ٢٧٠

(٢) أي مصدّقاً في قوله : إن الحوالة كانت مقصوداً بها حقيقتها لا الوكالة كما يزعم المحيل .

(٣) البحر الرائق ٦/ ٢٧٣

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٩٥

(٥) يؤيد هذا ما نقله في البحر هنا أيضاً عن الذخيرة : «ان الحوالة إذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضاً للأولى» وواضح أن الحوالة الثانية بالدّين نفسه لا يمكن أن تتحقق إلا برضا المحيل والمحال معاً .

الحوالة من العقود اللازمة ، وأنها لو فسخت لا تنفسخ [١] .

والذي ذكره السيوطي في فتاويه أن البلقيني حكي في صحة إقالتها خلافاً نقلا عن الخوارزمي ، وكل ما فعله أنه رجّح الصحة لما مَرّ من أنها بيع [٢] ، كما أنه يوجد بإزاء نص المتولّي العام نص عامٌ يقابله ، وهو قولهم : «فسخ الحوالة انقطاع من حينه» [٣] . وإذن فالخلاف ثابت في المذهب [٤] .

والذي جزم به الإباضية - مع لزومها - هو قَبولها للتقايل - لكن بتراضي الأطراف الثلاثة (المحيل والمحال والمحال عليه) ، لأن العقد حقُّهم جميعاً ، إذ الحوالة عندهم لاتنعقد إلا باتفاق الأطراف الثلاثة ، فاذا اتفق المحيل والمحال - دون المحال عليه - على التقايل كان نوعاً من العبث لا يغني فتيلاً ، وهكذا تَقايُل أيِّ اثنين آخرين دون الثالث [٥] .

٢٦٧ - ويستوي أن يكون التراضي على الفسخ إلى غير بديل ، أو إلى بديل . ومن النوع الثاني تصريحُهُم بأنّ «الحوالة إذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضاً للأُولى» [٦] فهذه كأنها استعاضة عن حوالة بحوالة .

فإذا كان الرجلان المحالُ عليهما بمثابة رجل واحد ، لأنهما أصيل وكفيله ، وإنما التعدد الحقيقي في جانب المحال ، فإن الثانية لا تكون نقضاً للأُولى ، بل إمّا أن تصح الحوالتان ، وإما أن تصحَّ الأُولى ، وتلغوَ الثانية . والسِرُّ في ذلك أن الحوالة على الكفيل لا تقتضي براءة الأَصيل من حق المحيل ، فيتسنّى للمحيل أن يحيل عليه بعد أن أحال على الكفيل ، بخلاف العكس ، إذ إن الحوالة على الأَصيل تقتضي براءته وبراءةَ الكفيل كليهما من حق المحيل براءةَ مراعاةٍ (وسماها بعضهم : تأْخير المطالبة) [٧] فلا يسعه بعد أن أحال على الأول أن يُحيل على الثاني ، وقد أصبح بريئاً . وإليك فيما يلي من نص كلامهم ما يمثل هذا المعنى في دقة ووضوح : رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل ، و على رب الدَين لرجلين ألفا درهم - ودَين كل واحد منهما ألفُ درهم . أحال رَبُّ الدَين أحد غريمَيْه على الكفيل حوالةً مقيَّدَةً بذلك الدَّيْن ، وأحال غريمه الآخر على الأَصيل حوالة مقيدة بذلك الدين : ففي هذا احتمالان : إما أن تقع الحوالتان على التعاقب أو تقعا معا :

(أ) - فإن وقعت الحوالتان على التعاقب فذلك على وجهين : إما أن يبدأ بالحوالة على الكفيل ، أو يبدأ بالحوالة على الأَصيل :

١) - فإن بدأ بالحوالة على الكفيل صحت الحوالتان : فاذا أدّي الكفيل شيئا بعد ذلك

(١) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٩٦

(٢) الحاوي للفتاوي للسيوطي ١/ ١٦٧

(٣) الأشباه للسيوطي ٢٣٧

(٤) ولا سيما إذا أخذت بعين الاعتبار جلالة قدر البلقيني ، وتأخره عن الرافعي واستدراكه عليه ، وعلى النووي ، كثيراً كثيراً . ولعله إنما كان يبحث كما هي عادته عن نص للشافعي نفسه ، فلم يجد ، لا أنه لم يجد نصاً لفقهاء المذهب . و هذا أقرب ان يكون مراده من عدم وجود نص ، فليتأمل .

(٥) شرح النيل ٤/ ٦٣٩
ويرجع في هذا الشأن إلى ما سبق تفصيله في شريطة رضا المحال عليه (ر : ف ٨٤)

(٦) البحر ٦/ ٢٧٢

(٧) البحر ٦/ ٢٧٢

لا يكون له أن يطالب المكفول عنه بما أدّى، ولكن يرجع على المحيل[1].

فلو أن الكفيل لم يؤد شيئًا حتى أدى المكفول عنه بنفسه، برئ المكفول عنه بالأداء، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة، وصارت الحوالة مطلقة[2]، عند علمائنا الثلاثة (أي أبي حنيفة وصاحبيه)،

وإذا استوفى المحال على الكفيل المال منه بعد ذلك، لا يكون للكفيل أن يطالب المكفول عنه، ولكن يطالب المحيل (كما في الصورة السابقة حين يؤدي الكفيل قبل الأصيل).

٢) – وإن بدأ بالحوالة على الأصيل، ثم بالحوالة على الكفيل فالحوالة على الأصيل صحيحة، وعلى الكفيل باطلة.

ب) – ولو وقعت الحوالتان معا جازتا[3].

٢٦٨ – ما سبق بيانه في تعدد الحوالة على مدينين في حكم مدين واحد، وهل تعتبر الثانية إقالة للأولى أم لا؟ إنما هو مذهب الحنفية، أما غيرهم من فقهاء المذاهب فمختلفون. وقد قدمنا أن هنالك نزاعاً فقهياً في كلتا المسألتين التاليتين[4]:

١ – «إذا أحيل على الأصيل برئ الكفيل».

٢ – «إذا أحيل على الكفيل لم يبرأ الأصيل».

(ر: ف/ ٢٤٦و٢٥٧).

وحتى إذا جرينا في المسألة الثانية على أنه إذا أحيل على الكفيل لم يبرأ الأصيل، فإنه قد توقف متأخرو الشافعية في الحوالة على الأصيل بدين دائن آخر: هل تصح أم لا؟[5].

المطلب الثاني
الانتهاء بطريق الابراء

٢٦٩ – إبراءُ المحال للمحال عليه من دَين الحوالة

---

(١) لأن المحيل يكون قد استوفى دينه مرتين بعد إحالته على الأصيل المكفول عنه وذلك لأنه بالإحالة على الأصيل لم يبق للمحيل حق الاستيفاء من الكفيل، وإن قبض المحال كقبض المحيل، فيكون المحيل قد استوفى ما ليس له بحق فيرجع عليه الدافع.

(خبير الموسوعة)

(٢) في الفتاوى الهندية المنقول عنها لم يعلّلوا انقلاب الحوالة في هذه الصورة من مقيدة الى مطلقة. ويظهر لي في تعليل ذلك مايلي:

إن المسألة مفروضة في حوالتين متعددتين مقيدتين، ومحالَين (زيد وخالد) مستقل كل منهما عن الآخر، أحدهما محال على المدين الأصيل والآخر على الكفيل.

فإذا سبق المدين الأصيل بالدفع الى محاله (زيد مثلا) فقد برئ هو وكفيله معاً من الدين الذى قيّدت به الحوالة لأنه دَين واحد فمتى أدي سقط بحكم الوفاء. ولكن الكفيل يبقى مسئولا بالحوالة التي تم منه قبولها تجاه محال آخر مستقل (هو خالد) لا ارتباطَ له بما يكون من المدين الأصيل مع المحال الآخر (زيد) وقد لايكون لخالد علم بحوالة زيد على المدين الأصيل. فلذا يبقى الكفيل مسئولا بالحوالةالتي قبلها طائعاً مختاراً تجاه خالد، ثم تصفى حقوق الكفيل بطريق الرجوع، صيانة لحق الثالث (وهي صيانة يتفق عليها نظر فقهاء الشريعة وعلماء القانون الوضعي).

ولكن بما أن الدَين الذى قيّدت به الحوالة قد سقط بأداء المدين الأصيل لم يبق من الممكن اعتبار الحوالة الباقية على الكفيل حوالة مقيّدة، لأن تقييدها معناه ارتباطها بدَين قائم لاتجب تأديتها إلا منه، فبسقوطه عن الأصيل وبراءة الكفيل منه لم يبقَ ممكناً استمرار اعتبار الحوالة على الكفيل مقيدة به بعد سقوطه، (ولولا وجود المحال الآخر لسقطت مسئولية الكفيل نهائياً). ولذا تنقلب الحوالة على الكفيل مطلقة بحكم الضرورة والواقع، لسقوط الدَين الذى قيّدت به مع بقائها قائمة. فإذا أداها الكفيل يرجع على المحيل (لا على مكفوله الأصيل)، لأن المحيل صار مستوفياً دَينه مرتين بطريق الحوالتين.

هذا ما ظهر لي في توجيه انقلاب الحوالة في هذه الصورة من مقيدة الى مطلقة، فليتأمل.

(خبير الموسوعة)

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٠١

(٤) البجيرمي على المنهج ٣/ ٢٣.

(٥) البجيرمي على المنهج ٣/ ٢٣، ومنشأ هذا التردد هو قول الحنفية بالصحة كما بيناه آنفاً، وأصول الشافعية لا تساعده بحال.

يقع تحت احتمالين : فهو إما أن يكون إبراء استيفاء ، أو إبراء إسقاط .

٢٧٠ – (أ) فإذا كان إبراء استيفاء فقد بينا سابقاً في التنبيه المتقدم في الفقرة/ ٢٥٢/ أنه في معنى الإقرار بالقبض . وعندئذ تنتهي الحوالة بما دل عليه هذا الإبراء من وقوع الوفاء فعلاً . وتصبح المسألة من قبيل النهاية بطريق الأداء ، ويترتب فيها ما يترتب على أداء الحوالة من حق المحال عليه في الرجوع بدَين الحوالة على المحيل إن لم يكن مَديناً له بمثله . فإن كان مديناً له وقع التقاصّ بينهما كما سبق .

٢٧١ – (ب) وأما إذا كان إبراءُ المحال للمحال عليه إبراء إسقاط قبل الوفاء فإنه يخرج به المحال عليه من الحوالة كما صرّح به في البدائع[١] وغيرها . وعندئذ يسقط حق المحال في دَين الحوالة سقوطاً نهائياً ، ولو كانت الحوالَة على كفيل المدين ومقيدة بدَين الكفالة . ذلك لأن حق المحال قد تحول عن المحيل بمقتضى الحوالة نفسها حيث يبرأ بها المحيل كما تقدم في فصل الأحكام ، ويحل محله المحال عليه في التزام الأداء . فإذا أبرئ المحال عليه لم يبقَ للمحال حق تجاه أحد ، سواءٌ أكان المحال عليه مديناً أصلياً للمحيل أو كفيلاً أو غير مدين أصلاً ، بأن كانت الحوالة مطلقة عند الحنفية[٢] .

٢٧٢ – (ج) وقد يقع هذا الإبراءُ (إبراءُ الإسقاط) من المحال للمحال عليه بعد أن أدي هذا إليه دَين الحوالة ، ويكون هذا عند الحنفية إبراءً صحيحاً ، بناءً على نظريتهم في أن إيفاء الديون لا يسقطها من الذمم ، وإنما يؤدّي إلى المقاصّة وامتناع المطالبة : فإن الدَين قبل الوفاء يكون قائماً بذمة المدين ، وبالأداء يقوم دَيْنٌ نظيرُهُ في ذمة الدائن المستوفِي ، أي يصبح المدين دائناً أيضاً لدائنه فيصير كل منهما دائناً ومديناً للآخر ، فتمتنع المطالبة من الجانبين لعدم فائدتها ، وهذه هي المقاصّة[٣] .

فالإبراء بعد الأداء الأصلُ فيه أن يكون إبراء استيفاء ، لكن إذا صرّح المُبرِئُ أو دلّتْ القرائن على أنه أُريد به الإسقاط فإنه يصادف دَيناً قائماً فيسقطه ، ولكن هذا لايؤثر فى الحوالة التى تنتهي بمجرد الأداء ، وإنما يقتصر أثره على أن يصبح للذى أبرئ (اى المحال عليه) حقٌّ مطالبة المحال الذى أبرأه بما كان قد أداه إليه ، لأنه بعد الإبراء أصبح المقبوض بلا مقابل ، فتنتقض المقاصّة السابقةُ التقديرِ[٤] .

(١) البدائع ٦/ ١٩ .

(٢) نعيد هنا الى الذاكرة أنه إذا كانت الحوالة من المحيل على كفيل مدينه ، يبقى للمحيل حق مطالبة مدينه الأصيل المكفول عنه بدَينه الذى عليه كما سبق تفصيله (ر : ف/ ٢٤٦ و٢٥٧).

(٣) وهذا معنى المبدأ الفقهي المقرر عند الحنفية : ان الديون إنما تقضى بأمثالها ، أما الاعيان فتستوفى بذواتها كما قرره في رد المحتار (في أواخر فصل التصرف في المبيع والثمن وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض) ولينظر إيضاح ذلك في كتابي « الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد » (ج ٣ فقرة ١١٦/ ٧) .

(خبير الموسوعة)

(٤) ورد في البدائع ، في تعداد ما يخرج به المحال عليه من الحوالة ما يلي :

« ومنها : أداء المحال عليه المال الى المحال . . . ومنها : أن يهبه إياه المحال . . . ومنها : أن يتصدق به عليه فيقبله ، لأن الهبة والصدقة في معنى الإبراء ، ومنها : أن يموت المحال فيرثه ، ومنها : أن يبرئه من المال » . وقد استشكل (بِحقّ) الأستاذ المحترم كاتب الموضوع في هذا المقام هذا التشبيه بالإبراء الوارد في البدائع ، وانتقده قائلا : « وليته قال : إنهما – أى الهبة والصدقة – في معنى الإرث » . =

هذا ، ولا نعلم أحدًا من أهل العلم والاجتهاد يقول بما يقول به الحنفية فى هذا الشأن ، أى بصحة الابراء بعد الوفاء ، بناءً على نظريتهم الآنفة الذكر[1].

المبحث الثاني

الانتهاء غير الرضائي

فى هذا المبحث ثلاثة مطالب :

(الاول) انتهاءُ الحوالة بموت المحيل أو المحال عليه.

(الثانى) انتهاءُ الحوالة بفوات المحلِّ .

فى هذا المبحث (الثالث) انتهاءُ الحوالة بالتَوَى.

= والذى يظهر لي بعد التأمل في كلام البدائع سباقه وسياقه أن كلمة (الإبراء) فيه هنا محرفة في المطبعة عن كلمة (الأداء) فإنه بعد أسطر قليلة (في أوائل فصل شرائط الرجوع الذى يلي ذلك الكلام مباشرة) قال معدِّداً شرائط رجوع المحال عليه على المحيل ما نصه : « ومنها : أن تكون الحوالة بأمر المحيل.. ومنها : أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء ، كالهبة والصدقة . . . » الخ . وإن طبعة كتاب البدائع مليئة بالأخطاء المطبعية البسيطة والفاحشة والتي لا يمكن معرفة أصلها ، كما هو معلوم من أمرها .

على أن بقاء كلمة (الإبراء) هناك كما هي ليس خطأً من حيث المعنى لأن الفصل هناك معقود للأسباب التي يخرج بها المحال عليه من الحوالة ، والإبراء يخرجه منها ويحلله من التزامه فيها كما لو وهبه المحال الدين أو تصدق به عليه ؛ فالتشبيه بالإبراء من هذه الناحية صحيح ، ولكن شبه الهبة والصدقة بالأداء أتم وأحكم لأن كلا منهما كالأداء معنى وحكماً يوجبان للمحال عليه حق الرجوع على المحيل ، ولا كذلك الإبراء. وقد سبق في كلامه ذكر الأداء وحكمه فكان هو المناسب للتشبيه به دون الإبراء الذى سيذكره فيما بعد ، وهذا هو الأليق بدقة نظر صاحب البدائع . ولكم من القديم قد قيل : « الناسخ عدوّ المؤلف » ! !

(خبير الموسوعة)

(١) وفي رأينا أن تلك النظرية الحنفية متكلّفة ولها نتائج عملية تخالف ما هو مستقر في الأذهان عن نتيجة الوفاء ولا تتفق مع منطق العدالة ، ولذا لم يرتضها أحد سواهم ، وانتقدها بعض متأخري قضاتهم من ذوي الرأي المستقل (ر : المقاصّة في الفقه الاسلامي للأستاذ محمد سلاّم مدكور ١٤٦) .

المطلب الأول
الانتهاء بموت المحيل او المحال عليه
الشعبة الاولى
الانتهاء بموت المحيل
(أولا)
فى الحوالة المطلقة

(موت المحيل غير فاسخ)

٢٧٣ ـ إذا مات المحيل حوالة مطلقة لا تنفسخ هذه الحوالة . ثم إن كان له على المحال عليه مال (بالمعني الشامل للدَين توسُّعاً ، فإنه مال حكميٌّ عند الحنفية) فلاشأنَ للمحال بهذا المال ولا تعلُّقَ ، لأن حقه في ذمة المحال عليه . وهذا المال تركة للمحيل ، فيئول إلى ورثته ، بعد أن تقضي منه الحقوق المقدمة ، كالديون الأُخرى غير دَيْن المحال ، لأنه لا يعود على المحيل ما دامت الحوالة قائمة ، وموت المحيل لا يبطل الحوالة المطلقة .

لكن القاضيَ باعتباره في منصب النظر لأهل ولايته يجب أن يحتاط حين يُرفع إليه الأمر ، فيأْخذ كفيلاً من غرماء المحيل (أي دائنيه) أو ورثته ، إذ لا بد من رجوع أحد الرجلين عليهم : المحال أو المحال عليه . ذلك أنه إن تَوِيَ مال الحوالة يرجع به المحال على التركة أو على من توزعوها ، وإن أدَّى المحال عليه رجع عليهم كذلك . هكذا أطلق صاحب « البدائع »[2].

نعم في الحاوي الزاهدي : أن الحوالة تبطل بموت المحيل . هكذا أطلق القول دون تفريق بين مطلقة ومقيدة ، بناءً على أن الحوالة استثناءٌ

(٢) البدائع ٦/ ١٧

من حكم الاعتياض عن الدَّيْن بالدَّيْن جُوِّزت للحاجة، وبالموت سقطت تلك الحاجة، فتعود المطالبة إلى تركته، وعن زُفَرَ خلافُه[1].

(ثانيا)

في الحوالة المقيدة

(موت المحيل فاسخ)

٢٧٤ - في الحوالة المقيَّدة، قد يموت المحيل قبل استيفاء دَينِهَا، وفي هذه الحالة تنفسخ الحوالة، لأَن المال الذي قُيِّدت به قد استُحِقَّ من المحال عليه، ودخل في تركة المحيل، وعلى هذه التركة يعود المحال بدَيْنه، ويكون أسوة الغرماء، هكذا علَّل صاحب «البدائع». ثم فرّق بين الحوالة والرهن، بأَن المرتهن اختُصَّ بغُرْم الرهْن من بين سائر الغُرَماء، لأَنه إذا هلك سقط دَينه خاصَّةً، ولما اختُصَّ بغُرْمه اختُصَّ بغُنْمه، لأَن الخراج بالضمان. وأما المحال في الحوالة المقيَّدَة فلم يختص بغرم ذلك المال، لأَنه لو تَوِيَ لا يسقط دَينه عن المحيل. فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه، ويكون أُسوة الغرماء. وبذا ردعلى زُفَر الذي جعل الحوالَة كالرهن، والمحال كالمرتهن، أَحق من سائر الغرماء[2].

ولكن الآخرين لم يَرُقْهم - فيما يبدو - تعليل صاحب البدائع هذا، وآثروا أن يقولوا: إن السر في تسوية المحال بسائر الغرماء - برغم سبق تعلق حقه بمال الحوالة - أن هذا المال لم يصر مملوكاً للمحال بعقد الحوالة: لا يَدًا - وهو ظاهر - ولا رقبةً، لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، بل للنقل[3] فيكون الدَينُ المحال عليه قسمةً بين الغرماء، بخلاف المرتهن، فإنه قد ملك المرهون يدًا وحبساً، فثبتت له به زيادة اختصاص تمنع أن يشاركه فيه غيره[4].

وقد اختار محررو المجلة العدلية قول زفر (م/٦٩٢)[5] مراعاةً لمصلحة التعامل، لكن المصحَّح في المذهب خلافُه.

٢٧٥ - ومن نتائج القول بالانفساخ:

(أ) - ان المحال إذا رجع إلى تركة المحيل وعرف نصيبه في القسمة بين الغرماء، فأَراد أن يستوفي نصيبه هذا من المحال عليه بدلاً من

---

(١) حواشي البحر ٦/ ٢٧٤
ومما يوضح ضعفه قصره الحاجة المرخصة على المحيل.

(٢) البدائع ٦/ ١٧

(٣) عبارة ابن نجيم في البحر: «لأن المحال لم يملكه بها، للزوم تمليك الدَّين من غير من هو عليه، وإنما وجب بها دين في ذمة المحال عليه، مع بقاء دَّين المحيل، ولذا لو تَوِيَ ما على المحال عليه يتوى على المحيل ويرجع عليه المحال (البحر ٦/ ٢٧٤) وهي في الأصل عبارة الزيلعي وقد اختصرها صاحب البحر اختصارا لا يفي بكل ما جاء فيها من بيان شاف فانظره (الزيلعي٤/١٧٤)

اقول:

لا أرى تنافياً بين تعليل صاحب البدائع وهذا التعليل الذي أورده الزيلعي، بل هما لدى التأمل يفسر أحدهما الآخر ويقويه، لأن عدم الاختصاص بالغرم والغنم سببه عدم الملك، فتأمل.

(خبير الموسوعة)

(٤) فتح القدير ٥ / ٤٥١ وابن عابدين على الدر ٤ / ٢٩٤ ومع ذلك فالقياس قول زفر:

(أولا): لأن حق المحال تعلق بالمال المحال به قبل وفاة المحيل، وصار المحيل كالأجنبي عنه - حتى إنه لم يكن له أخذه حال حياته، فكذا بعد وفاته على مثال الرهن، فهذا هو الجامع، وليس القياس من كل وجه حتى يجيء هذا الفرق أو ذلك مما أبدوه.

(ثانيا): لأن حق المحال أسبق من حقوق الغرماء فيمنع تعلقها بمال الحوالة، ويقدم عليها، كدَّين الصحة مع دَّين المرض وتردّ الفروق كما ردت آنفاً.

(٥) بخلاف مرشد الحيران في المادتين / ٩٠٦ - ٩٠٧ إذ نصّ على أن المحال يكون أسوة غرماء المحيل ولا يختص المحال إلا بما قبضه في حياة المحيل.

التركة ، لم يجز له ذلك لأن ما على المحال عليه صار مشتركاً بين المستحقين[١] .

(ب) – لو نقصت حصة المحال في المقاسمة عن الوفاء بدينه ، لا يكون له حق الرجوع بما بقي له على المحال عليه ، لأنه صار تاوياً فلايرجع به على أحد[٢] .

(ج) – إن كان المحال قد قبض شيئاً من دَين الحوالَة قبل موت المحيل – ولو في أثناء مرضه – فله ما قبضه ثم يحاصّ الغرماء في الباقي[٣] .

لكن في حالة القبض ، والمحيلُ مريضٌ مَرَضَ الموت ، يوجد في كلام بعضهم تفرقة بين قبض الدَين وقبض العين :

١ – ففي قبض الدَين يسلم للمحال ما أخذه ، ولا سبيل للغرماء عليه ، لكن يكون المحال عليه – بأدائه الدَين – غريماً للمحيل يستحق الرجوع عليه كسائر الغرماء ، ولا يملك الاستئثار بما كان في ذمته ليقع التقاصّ ، بل يشاركه فيه الغرماءُ ، ولا يسلم له منه إلا حصته في المحاصّة .

٢ – أما في قبض العين – كالوديعة والمغصوب – فبالعكس : أي لا سبيل حينئذ لغرماء المحيل على المحال عليه ، لكن لا تسلم العين المأخوذة للمحال ، بل يحاصّه فيها الغرماءُ[٤] .

٢٧٦ – إذا كان زفر – وهو من أئمة الحنفية الذين لا يرون الحوالة بيعاً – لا يرى موت المحيل مبطلا للحوالة ، لأن مالها بمثابة العين المرهونة ، فأهل الفقه عامة ، ما عدا أبا حنيفة وصاحبيه والناصر من الزيدية ، يرون بطريق الأولوية أن هذا المال قد تحول من ملك المحيل إلى ملك المحال (ر : ف / ٢٦١) . وما تأثير موت المحيل في الحوالة بعد صحتها ولزومها إلا كتأثير موت بائع السلعة بعد صحة البيع ولزومه ، بل بعد إقباضه إياها فضلا عن الصحة واللزوم ، لأن الحوالة عندهم بمثابة الإقباض والتسليم . نعم تتأثر الحوالة بموت المحال عليه ، إذ يحل به دَينها المؤجَّل ، وفي ذلك يقول صاحب النهاية – من شراح المنهاج في الفقه الشافعي – : « ولو أحال بمؤجَّل على مثله حلَّت الحوالة بموت المحال عليه ، ولا تَحِلّ بموت المحيل ، لبراءته بالحوالة »[٥] .

ويؤخذ مثله من نص المالكية في الضمان[٦] .

ويقول صاحب الشرح الكبير من الحنابلة :

« فإن مات المحيل أو المُحَال فالأجل باق بحاله ، وإن مات المحال عليه انبنى على (قاعدة) حلول الدين بالموت (أى بموت المدين) . وفيه روايتان[٧] » ولا يعلم في حلول الدين بموت المدين خلاف لأحد من أرباب المذاهب المدونة سوى أحمد في إحدى هاتين الروايتين ، وإن شئت فانظر – لتوجيه كلا الرأيين والحجاج الذي حولهما – « تذكرة الفقهاء » للحلّي[٨] .

(١) ابن عابدين على الدر ٤/ ٢٩٤ نقلا عن البحر .
(٢) الزيلعي على الكنز ٤/ ١٧٤
(٣) المبسوط للسرخسي ٢٠/ ٧١ وابن عابدين على الدر ٤/ ٢٩٢ و ٢٩٤
(٤) الفتاوى الهندية ٣ / ٣٠٠ والبحر الرائق ٦ / ٢٧٦

(٥) النهاية على شرح المنهاج ٤/ ٤١٢
(٦) الخرشي على خليل ٤/ ٢٤٣
(٧) الشرح الكبير ٥/ ٥٩
(٨) تذكرة الفقهاء ٢/ ١٠٤
ونص مرشد الحيران في المادة / ٨٩٦/ على أنه لو مات المحيل بقي الأجل ، وإن مات المحال عليه صار الدين حالّا ويؤدى من التركة إن كان بها مايفي بأدائه ، وإلا رجع المحال بالدَين أو بما بقي له منه على المحيل ليؤدّيه عند حلول الأجل .

٢٧٧ ـ ويترتب على ذلك عند الجميع ، عدا المستثْنَيْنَ في الفقرة (٢٧٥ ج) أن ما قَبَضه المحال من المحال عليه ـ قبل موت المحيل أو بعده ، في صحته أو مرضه ـ كل ذلك هو له خاصة لا يَشْرَكه فيه أحد من غرماء المحيل ، كما لا يَشْرَكونَه في سلعة كان اشتراها في حال الصحة .

الشعبة الثانية
الانتهاء بموت المحال عليه

٢٧٨ ـ علمنا أن انتهاء الحوالة بموت المحيل خاص بالحوالة المقيدة : على ما هو الصواب ، وإن قيل بالتعميم فلينظر (ف / ٢٧٤) وقد نص بعضهم على أنها تنتهي أيضا بموت المحال عليه [1] وليس كذلك سواءٌ مات مديناً أم غير مدين . إلا أن يكون قد مات مفلساً ، فإن الحوالة حينئذ تنتهي في الدَّيْن كله ـ إن لم يترك وفاءً بشيءٍ منه ـ أو تنتهي في باقيه ، إن ترك وفاءً ببعضه ، وسيجيءُ في التَّوَى (ر : ف/ ٣١٠) : ذلك أن التركة خَلَف عن صاحبها في قضاء دَينه ، كما صرح به السرخسي في المبسوط [2] .

المطلب الثاني
الانتهاء بفوات المحل

ونتناول البحث هنا في شعبتين :

الأُولى : عن ارتفاع المحل أصالةً .

والثانية : عن ارتفاع المحل عُروضاً .

(١) ابن عابدين على الدر المختار ٤/ ٢٩٤

(٢) المبسوط ٢٠/ ٧٢

الشعبة الاولى
ارتفاع المحل اصالة

نتناول أولاً بحث حالات الارتفاع الأصلي وما يترتب عليها بعنوان « صور هذا الارتفاع الأصلي وما يترتب عليه » ، ثم نفرد بالبحث حالة خاصة بعنوان « مسألة بيع العبد والإحالة على ثمنه » .

(اولا)
صور هذا الارتفاع الاصلي وما يترتب عليه

أ) ـ ارتفاع المال المحال به أصالَةً :

٢٧٩ ـ إذا أحال المشتري البائع بالثمن على ثالث ، حوالة مطلقة أو مقيَّدةً ، ثم استُحِقّ المبيع ، تبطل الحوالة لأنه تبين أن المحيل (وهو المشتري) غير مَدين للمحال (البائع) ، ومديونية المحيل للمحال شريطةٌ لانعقاد الحوالة لا تقوم بدونها كما تقدم بيانه (ف/ ١٢٨) .

ب) ـ ارتفاع المال المحال عليه أصالة :

٢٨٠ ـ في الحوالة المطلقة : لو كان للمحيل على المحال عليه دَين أو عين هي أمانة أو مضمونة ، فاستُحِقّت أو تبين أن الدَين لم يجب أصلاً في حقيقة الأمر كما لو كان ثمنَ مبيع فاستُحِقّ المبيع ، فإن الحوالة تبقَى كما هي صحيحة نافذة ، لا يتطرّق إليها بطلان أو انفساخ ، لأن دَيْن الحوالة المطلقة إنما يتعلق بذمة المحال عليه ـ كما سبق بيانه ـ وفى الذمة سَعَةٌ ، فلا يتأثر بمثل هذه العوارض ، وقد سبق بحث ذلك (ر : ف/ ١٤٠) .

٢٨١ ـ أما في الحوالة المقيدة : فيقرر الحنفية أن المال الذي تُقيَّد الحوالة بإيفاء دَينها به أو

منه ، إذا كان عيناً – أمانةً كانت أو مضمونةً كالمغصوبة – ثم تبين استحقاقها لغير المحيل ، أو كان دَيْناً ثم تبين انعدامه من الأصل لا بسبب عارض ، أي إنّ الذمّة لم تشغل به أصلاً ، لا أنها شُغلت ثم فرغت بسبب طارئٍ : فهنا يتبين بطلان الحوالَة ، بمعنى عدم انعقادها بتاتاً .

مثال ذلك في الأعيان : رجل له عند رجل ألف دينار . بطريق الوديعة أو الغصب ، فأَحال عليه بها دائناً له ، ثم بعد ذلك تبين أن هذه الدنانير ليست ملكاً للمحيل ، ولا له عليها ولاية ، كما لو كانت في يده بطريق السرقة ، أو – كما يقول فقهاؤنا – ظهرت مستَحَقةً لغيره ، فإن الحوالة تبطل ، لأنها عُلِّقت بمعدوم حكماً .

ومثاله في الديون : رجل باع آخر منزلاً أو عبدًا ، أو خلاًّ ، فأَحَالَ عليه بالثمن دائناً له ، ثم بعد ذلك استُحِقَّ المبيع أو تبين أنّ العبد حرٌّ ، أو أن الخلّ خمر ، فتبطل الحوالة ، لأنها قُيِّدَت بدين لم يكن له وجود قط .

وفي جميع الأحوال متى بطلت الحوالة فإن الدين يعود على المدين الأصلي ، وهو المحيل[١] .

٢٨٢ – وقد نص الشافعية والحنابلة والإمامية على مثل ما نص الحنفية .

ومن أمثلتهم : ما لو باع منزلاً ، وأحال على ثمنه ، أو أحيل هو به ، ثم تبين أن المنزل موقوف – إما ببينة ، وإما بإقرار الأطراف الثلاثة (المحيل والمحال والمحال عليه) . وكذا ما لو أحال على أجرة شهر لدارٍ له ، فمات المستأجر خلالَه ، إذ قالوا : تبطل الحوالة في مقابل ما بقي من المدة ، لبطلان الإجارة فيها[٢] .

٢٨٣ – وعند المالكية مثل الوفاق الذي ذكرناه عن الشافعية ومن معهم على البطلان فيما إذا تبين أن المحيل غير مَدين ، وذلك على قول أشهب الذي اعتمدوه . أما ابن القاسم ، فيبني على أن الحوالة معروف ويقول : إنها لا تبطل بتبين أن لا دَين على المحال عليه ، ويرجع بعد أدائه على المحيل .

وقد ذكر الباجي تعليل كلا الوجهين عندهم :

– أما تعليل قول ابن القاسم بعدم البطلان فهو أن الحوالة عقد لازم فلا ينتقض في حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض هو عليها بدَين الحوالة سواءٌ قبضه أم لم يقبضه بعد .

– وأما تعليل قول أشهب (إن الحوالة باطلة والدين كما كان ، ولو دفع المحال عليه إلى المحال لرجع عليه به) فهو أن المحال عليه ليس طرفا في عقد الحوالة ، وإنما يلزمه أن يدفع الثمن للبائع المحيل – مباشرة ، أو بواسطةٍ كالمحتال – لأنه مستحَقٌ عليه للبائع بعقد آخر ، فإذا سقط استحقاقه بهلاك المبيع مثلاً قبل التسليم بَرِئَت ذمته من الثمن فلا يكلف أداءه ، وإن كانَ قد دفعه حَقّ له استرداده ، ومعلوم أن من شرائط الحوالة أن يكون على المحال عليه مثلُ ما على المحيل ، فإذا انتفي الشرط ، انتفي المشروط . قال ابن المَوَّاز : هذا أحب إلىّ ، وهو قول أصحابِ مالكٍ كلِّهم[٣] .

---

(١) البحر الرائق ٢٧٥/٦ وابن عابدين على الدر ٢٩٣/٤ .

(٢) فتاوى التقي السبكي ٣٤٩/١ ونهاية المحتاج ٤١٨/٤ .

(٣) المنتقى على الموطأ ٥/ ٦٧ – ٦٨ .
ولا ريبة في وضوح النهج الذى سلكه أشهب . وليس يضيره أن تكون طبيعة عقد الحوالة اللزوم ، فإن ذلك انما هو حين تصادف محلها الصالح لها وتستوفي شرائط الصحة .

٢٨٤ – أما موقف الزيدية في هذه المسألة – أي في الحوالة على الدَّيْن إذا تبين بعدها حقاً أنْ لا وجودَ له – فإنهم لم يوافقوا رأي الجماهير في البطلان إلا إذا كان هذا التبين قبل قبض المحال من المحال عليه، قياساً على تلف المبيع قبل قبضه. أما بعد القبض فالحوالة والقبض صحيحان عندهم، إذْ لا مقتضي لبطلانهما، ثم يحق للمحال عليه أن يرجع على المحيل، لأنه دفع بأمره، لا على المحال[١].

٢٨٥ – أما الإباضية فعندهم أنه إذا كان سبب الدَّين المحال عليه قد بين عند الحوالة، دون إبهامٍ ما، ثم تبين عدمه، فالحوالة باطلة، لأنها عُلِّقت بما لا يجوز، وإلا فهي صحيحة ماضية، لأنها عقدت بتراضي أطرافها الثلاثة، وقد يكون على المحال عليه دَين آخر هو المقصود بالحوالة، وادعاءُ انتفاءِ دين آخر، هو مجرد دعوى لا تُسمع، وإقامة البينة عليها لا قيمةَ له، إذ هي شهادةُ نفيٍ، فلا تقبل، (كما سلفت الإشارة إليه في حالة التصادق والتواطؤ بين المحيل والمحال عليه). فلو فرض قيام بينة على نفي الدين المحال عليه لكانت متهاترة فلا قيمة لها أيضاً، لأن دخول المدعي في الحوالة يُكذِّب هذه البينة[٢].

ومن الأمثلة التي ذكروها لفسخ الدين – هكذا عبارتهم – من أصل وجوده: ما لو تبين كونه أُجرةَ تجسُّسٍ على المسلمين، أو أرباحَ رباً أو قِمار. ومن أمثلتهم لاستحقاق الدين المحال عليه: ما لو تبين كونه دينَ قاصر تحت وصاية المحيل، وكان المحال به دين الوصي لا القاصر[٣].

(ثانيا)

مسالة بيع العبد والاحالة على ثمنه

٢٨٦ – أطال الفقهاءُ القول في مسألة بيع العبد والإحالة على ثمنه ثم إدعاء أنه حر، ويقاس عليها نظائرُها، من كل تصادقٍ أو تواطؤٍ بين المحيل والمحال عليه على أن لا دين على المحال عليه، وعرضوا احتمالات النزاع في القضية، بما هو في الواقع من صميم مباحث الدعوى والبينات (المرافعات)، كعادتهم جميعاً في الاستطراد لأدنى مناسبة[٤].

وأخصر ما قيل في ذلك ما قاله الزيدية والإباضية:

– فالزيدية يقررون أنه في مثل هذا التصادق بين المحيل والمحال عليه إذا أنكر المحالُ ادعاءهما، لم تبطل الحوالة، إذ هو تصادق على إبطال حق الغير. وحينئذ إذا استوفى المحال من المحال عليه ففي رجوع هذا على المحيل بما دفعه وجهان، أصحهما عند الإمام يحيي أنه: لا يرجع لإقراره بظلم المحيل[٥].

(١) البحر الزخار ٥/ ٦٩. هذا وجماهيرهم على اشتراط مديونية المحال عليه، فكيف يقال لا مقتضي للبطلان! على أن منهم من يطلق القول بعدم البطلان، قبل القبض وبعده. (البحر الزخار أيضا).

(٢) شرح النيل ٤/ ٦٣٤ والظاهر ان فرض كلامهم فيما إذا لم يوافق المحال على أن هذا الدّين الذى تبين عدمه هو دين الحوالة، وإلا فهي باطلة. وعلى هذا فهم موافقون للجماهير، وإنما طال كلامهم في تفصيلات خاصة لبيان: متى يثبت أولا يثبت أن دَين المحال عليه لم يكن له وجود.

(٣) شرح النيل ٤/ ١٣٣.

(٤) المهذب ١/ ٣٣٩ ونهاية المحتاج ٤/ ٤١٦ ومغني المحتاج ٢/ ١٩٧ والبجيرمي على المنهج ٣/ ٢٤ والأشباه للسيوطي ٢٣٤ والمغني لا بن قدامة ٥/ ٦١ ومطالب أولي النهى ٣/ ٣٣١ والفروع ٢/ ٦٢٧ وتذكرة الفقهاء ٢/ ١١٠.

(٥) كذا في البحر الزخار ٥/ ٦٩ ولعل الصواب: المحال.

القول:

سيأتي عن الشافعية والحنابلة والإمامية في الفقرة / ٢٨٧ / –

والإبـاضية يُقرِّرون أنه :

(أ) ـ إن صدقهما المحال أو سـكت ، فأقوال ثلاثـة :

(الأول) ـ أنه لا حـوالة لعـدم توفر شريطتها وهي مديونية المحال عليه ، ولا حَمالة (أي كفالة) مراعاةً للفظ المستعمل .

(الثـاني) ـ أنهـا تعتبر حـوالة صحيحـة بنـاءً على عدم اشتـراط مديونية المحال عليه .

(الثالث) ـ أنها تصح حمالة على سبيل التجوز في اللفظ .

(ب) ـ أمّـا إن كذبهما فالحـوالة ماضيـة . ولا تأْثير لهذه الدعوي ، ولا تُسمع الشهادة عليها ـ لأَنها شهادة لا تقوم بهـا حجـة إذ هي نفي لدين ، إن لم يـكن قائماً بهـذا السبب ، فقد يـكون قائمـاً بسواه[1] .

٢٨٧ ـ هـذا ، وإن في « مسـأَلة بيـع العبـد والإحالة على ثمنه إذا ادعيت حريتـه » تفصيـلاً عند الشافعية والحنابلة والإماميـة قد لا تغني عنـه المباحث العـامة وهو ـ كما سبقت الإشـارة إليه ـ بموضوع الدعوي والبينات أَلصق ، لـكنه ربما لا تغني عنه المبـاحث العـامة للدعوي والبينات ، ويتلخص فيما يلي :

ان الوقائـع المحتملة في هـذه المسأَلة تنحصر في ثلاث صـور :

(الصورة الأُولى) ـ أن يتفق المحيـل والمحال عليـه (على حرية العبد) : وفي هذه الحـالة إما أَن يصدقهما المحـال ، أَو يكذبهما :

(أ) ـ فإن صدقهما بطلت الحـوالة ، لأَنه تبين أَن لا دين في الواقع حتى يحـال عليـه فإن كـان المحـال قد قبض منـه شيئاً رده إليـه ، ويبقي حقه على المحيل كما كان .

(ب) ـ وأَمّا إن كذبهما فهنا احتمالان : إمـا أَن تـكون ثَمَّ بينةٌ تشهـد على حرية العبد كمازعما ، أَو لا تـكون :

(١) ـ فإن كان هناك بينـة وأَراد أَحدهمـا أَو كلاهما إقامتها : فإنها لا تسمـع ، لأَنهما كذباهـا بدخولهما في صفقة بيـع العبد[2] ، إلا أَن يكون ثَمَّ عـذرٌ مقبول ـ كأَن يدعي البـائع أنه نسـي حرية هذا العبـد بعد إعتاقه إياه ، أَو أَنه قـد أَعتقه

= تفسير جهة الظلم في هذه المسألة نفسها بأن المحال عليه معترف بأن المحتال ظلمه بما أخذه منه . (أي إن المحال هو الظالم) والظالم لا يرجع على غير من ظلمـه (ر : ف / ٢٨٧ رقم ٣) وحينئذ يكون في تصويب عبارة البحر الزخار احتمالان :

١ ـ إذا اعتبر قوله : (بظلم المحيل) من اضافة المصدر إلى فاعله ، فلا بد من اعتبار كلمة (المحيل) من قبيل الخطـأ والسهو ، فالصواب (المحال) كما استظهره الاستاذ المحترم كاتب الموضوع ، كما تقول مثلا : ظلم الحكام هدام للعروش .

٢ ـ ولكن إذا اعتبرت الإضافة من قبيل إضافة المصدر إلى مفعوله بمعنى (مظلومية المحيل) فيكون مدلولها متفقاً مع التفسير الآتي لجهة الظلم ، أي إن المحال هو الظالم . وحينئذ تكـون عبارة البحر الزخار سليمة لا حاجة بها الى تصويب بل الى تفسير فقـط .

وإضافة المصدر (ولا سيما لفظ الظلم) الى المفعول كثيرة جدا في الاستعمال كقولك : ظلم الناس ظلمات عند الله .

ويلحظ في هذه المسألة ايضا أن المعتمد عند الشافعية والحنابلة والإمامية فيها هو رجوع المحال عليه على المحيل فيما دفع كما سيأتي في الفقرة / ٢٨٧ رقم٣ / خلافا لما اعتمده هنا الإمام يحيى من الزيدية .

(خبير الموسوعة)

[1] شرح النيل ٤/ ٦٣٢ ـ ٦٣٣ .

[2] المهذب ١/ ٣٣٩

وكيلُه في إعتـاقه (دون علمـه) ، أو أنه اشتبـه عليـه بعبد آخَر عنـده لم يعتقه ـ إذْ لا تكاذبَ حينئـذٍ ، بل إنهـا لتسمـع دون عـذر ، إن كان البائع عند بيع العبد لم يقل هو ملـكي ، كما نص عليه في الأم[1] لأنه لا تكاذب أيضاً ، وجرى عليه شيخ الاسلام زكريا في المنهج واعتمده المتأخرون[2] .

(٢) ـ وإن لم يتقدم بإقامة هـذه البينـة أحـد منهما ، بل كانت بينةَ حِسْبةٍ ، أو أقامهـا العبـد نفسه ليثبت بها حريته ، لاحتياجه إلى ذلك ، بأنْ كان قد بيـع لآخر لا يقر بحريته مثلاً ، فإنهـا تُسمـع ومتى سمعت البينة وقَبِلها الحـاكم بطلت الحوالة ، كما في حالة تصديق المحال .

(٣) ـ وأما إن لم تـكن هناك بينة أصـلاً ، أو كانت ولكنها لا تُسمـع لِما ذكرناه ، فحينئذٍ لا التفات إلى تصادقها ـ كما لاالتفات إليه لو كان المشتري قد باع العبد لثالث ـ لكن يكون لكل من المحيلِ والمحـالِ عليه المتصادقَيْنِ تحليفُ المحال : أما المحـال عليه ، فلدفع مطالبتـه ، وأمـا المحيل ، فلإبقاء الثمن في ملـكه[3] .

وتحليفه هنا يـكون على نفي العلم ، أي على أنـه لا يعلم بحرية هذا العبد ، لأنّ هذه هي قاعدة الحَلِف على النفي الذي لا يتعلق بالحالف .

ـ فإن حلف المحال استحق بيمينه هذه أخذ المال من المحـال عليـه . ثم هل يرجـع المحال عليه بما أخذه منه على المحيل ؟ قيل : نعم ، لأنه قضي دينـه بإذنه ، واعتمده متأخرو الشـافعية ، والحنابلة ، والإمامية ، وقيل : لا ، لأنه معترف أن المحال ظلمـه بما أخـذه منه ، والمظـلوم لا يـرجع إلا على ظالمه ، وجري عليه البغوي من الشافعية .

ـ وإن نكل : فهل تُرَدُّ اليمين على المحال عليه ؟

إن قلنا : إن اليمين المردودة كالإقرار من الخصم ، فنعـم . وإذن يترتب على حَلِف المحال عليه هـذه اليمينَ المردودَةَ بطلانُ الحوالة ، كما لو أقر المحال بحـرية العبـد . وإن قلنـا : إن اليمين المردودة كالبينـة ، لم تُرَدَّ على المحال عليـه ، لأنه يـكون عبثـاً لا جدوي من ورائه ، إذ بينة المحال عليـه لا تُسمـع في مسألتنا هذه كما قررناه . والأصح الأول . هكذا قرر الشافعيـة[4] ، ووافقهم الحنابلة والإماميـة[5] .

وقد زاد الحنابلة أن المحال إن كان ، مع تصديقه بحـرية العبد ، يدعي أن الحـوالة على دَيْن آخر غيـر ثمن العبـد ، فإنـه يُصـدَّق بيمينـه ؟ لأن الأصل بقـاء الحـوالة ، ما لم تقم بينة بأنها على ثمن العبد ، فإن هذه البينة تُسمع ، ولو أقامها المحيل والمحال عليه أو أحدهما ، لأنهما لم يكذباها بدخولهما في التبايـع[6] . لـكن الذي قرره الحلّي من الشيعة الإماميـة في التـذكرة ـ محاذياً لبعض ما كتبه الشافعية[7] ـ أن المحال عليه إن أنكر أصل الدين فهو المصدَّق بيمينه ، لأن الأصل براءة ذمتـه . وإن

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٩٧

(٢) نهاية المحتاج على المنهاج وحواشيه ٤/ ٤١٦

(٣) كذا قالوا . ولا يظهر إلا على فرض كذب الدعوى .

(٤) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٩٧ ونهاية المحتاج على المنهـاج ٤/ ٤١٦ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ / ٦١ ـ ٦٢ ومطالب أولي النهى ٣ / ٣٣٠ وتذكرة الفقهـاء ٢/ ١١٠ .

(٦) المغني لابن قدامة ٥ / ٦٢ (أي لأن البينة هنا لا يُراد إقامتهـا على حرية العبد ، بل لإثبات وقوع الحوالة على ثمنه لا على دَين آخر) .

(٧) الروضة للنووي ، باستثناء الترجيح ٤/ ٢٣٥ .

لم ينكره ، وإنما أنكر الحوالة عليه : فإن قلنا : لا يعتبر رضا المحال عليه ، فلا اعتداد بإنكاره ، وان قلنا : يعتبر ، فهل يصدَّق مدعي صحة الحوالة ، أو مدعي فسادها ؟ قيل وقيل ، وأكثر الشافعية (هكذا قال) على الأول ، لأن الأصل صحتها . فإن أقاما (أي المحيل والمحال عليه) بينة بأن الحوالة كانت بثمن العبد الذي ظهرت حريته بطلت الحوالة[١] .

(والصورة الثانية) ـ أن يتفق على حرية العبد المحيل والمحال ، ويكذِّبهما مشتريه المحال عليه .

وفي هذه الحالة إن صدقهما المحال عليه فذاك . وان كذبهما كان إقرارًا منهما على غيرهما ، فلا تثبت عليه حرية العبد ، كما أنه إقرار منه بالدين للمحال ، لكن المحال لا يأخذه لأنه ينكره ، فتكون الحوالة باطلة .

(الصورة الثالثة) ـ أن يتفق المحال والمحال عليه (على حرية العبد) :

وفي هذه الحالة يعتق العبد ، لإقرار من هو في يده ، ومن ثَمَّ تبطل الحوالة . ثم إن صدقهما المحيل فذاك ، وإلا فالبطلان بالنسبة للمحال والمحال عليه فحَسْبُ . هكذا قرر الحنابلة والإمامية هاتين الواقعتين الأخيرتين . وهما ـ على وضوحهما أو لوضوحهما ـ لم نجد لغيرهم نصًا فيهما[٢] .

الشعبة الثانية

ارتفاع المحل عروضا

نتناول أولاً بحث حالات ارتفاع المال المحال به عُرُوضاً وما يترتب عليه ، ثم نتناول بالبحث حالات ارتفاع المال المحال عليه عُرُوضاً .

(١) تذكرة الفقهاء ٢/ ١١٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥/ ٦٢ وتذكرة الفقهاء ٢/ ١١٠ .

(اولا)

ارتفاع المال المحال به عروضا

٢٨٨ ـ إذا أحال المشتري البائع بالثمن على ثالث ، حوالة مقيَّدة (أو مطلقة) ، ثم هلك المبيع عند البائع قبل تسليمه إلى المشتري أو رد عليه بعيب بعد التسليم ، تبطل الحوالة لأنه قد تبين أن المحيل (وهو المشتري) غير مَدين[٣] .

(٣) كلنا علّله ابن نُجيم في البحر بعد أن نقل الحكم مجرّداً ، وليس يخفى أن المحيل كان مديناً عند انعقاد الحوالة ، فلا ينبغي أن يعود بالنقض على عقدها سقوطُ دَينه فيما بعد (البحر ٦/ ٢٧٥ وابن عابدين على الدر ٤/ ٢٩٤) .

أقول (إيضاحاً لهذه المسألة) :

نقل ابن نجيم في البحر (٦/ ٢٧٥) عن الذخيرة عن المنتقى التفريق بين ما إذا أحال المشتري بالثمن بائعه على مدَين له وبين ما إذا أحال البائع دائنه على المشتري حوالة مقيدة بالثمن ، (أي بين كون المشتري هو محيلا بالثمن ، وكون البائع هو محيلا على الثمن) ، وذلك إذا طرأ بعد الحوالة ما يُسقط الثمن من ذمة المشتري في كل من الحالتين ، كما لو رد المشتري المبيع على البائع بخيار العيب أو غيره من الخيارات ، أو هلك المبيع قبل تسليمه :

فعلى رواية المنتقى تبطل الحوالة حينئذ في الحالة الأولى (كون المشتري محيلاً للبائع) دون الحالة الثانية ، بل تبقى الحوالة في الحال الثانية قائمة واجبة التنفيذ .

وقد علّل ابن نجيم في البحر (من عنده) لهذا التفريق وبقاء الحوالة في الحالة الثانية بما فحواه أنه قد سقط الدين فيها من ذمة المشتري ، وهو محال عليه لا يشترط عند الحنفية أن يكون مديناً للمحيل ، فلم يوجد ما يقتضي بطلانها ، بخلاف الحالة الأولى حيث البائع محال ، فإن الدَين المحال به أساس الحوالة ، وقد سقط من ذمة المشتري بالسبب الطارئ من هلاك المبيع ونحوه ، فلا بقاء للحوالة .

هذا إيضاح تعليل ابن نجيم للتفريق بين الحالتين ، وهو تعليل عليل غير سديد فيما نرى ، لأن عدم اشتراط مديونية المحال عليه للمحيل عند الحنفية (مما يجعل سقوط الدَين الموجود في ذمته قبلا غير مُضرٍ في بقاء الحوالة) إنما هو في الحوالة المطلقة =

(ثانيا)

ارتفاع المال المحال عليه عروضا

البحث هنا يتناول ثلاث حالات :

(الأولى) ـ في الحوالة المطلقة

(الثانية) ـ في الحوالة المقيدة بعين .

(الثالثة) ـ في الحوالة المقيدة بدَين .

= عندهم ، ولا كذلك المقيّدة بدين إذا سقط هذا الدين . وقد نبه ابن عابدين في تعليقاته على البحر على هذه الغفلة من ابن نُجيم ، لكن ابن عابدين ترجّح لديه تعليل آخر هو أن سبب بقاء الحوالة في هذه الحالة الثانية هو كون الدّين المحال عليه إنما سقط بسبب عارض . وهذا أيضاً فيه غفله منه رحمه الله لأن فرض المسألة أن سقوط الدّين كان بسبب عارض في كلتا الحالتين الأولى والثانية ، لأنهم صوّروا سقوط الثمن هنا فيهما من ذمة المشتري بهلاك المبيع قبل التسليم أوردّه عليه بخيار العيب أو أحد الخيارات الأخرى وكل ذلك من قبيل السبب العارض كما لا يخفى .

والذي أرى أن التعليل الفقهي السديد لانفساخ الحوالة في الحالة الأولى (حين يكون المحيل هو المشتري) وبقائها في الحالة الثانية (حين يكون البائع محيلاً بالثمن) هو ما يلي :

(أ) ـ ففي الحالة الأولى حين يكون المحيل بالثمن هو المشتري يكون البائع هو الطالب المحال نفسه ، وقد سقط دَينه المحال به نفسه ، لانفساخ البيع بهلاك المبيع قبل التسليم ، أو ردّه عليه بخيار آخر . والدّين المحال به أساس في قيام الحوالة . فلا يُعقل أن يقضي لصاحب الحق باستيفاء حقه بعد سقوطه ، لأن هذا من العبث ، إذ لو قُضي له باستيفائه من طريق الحوالة لوجب عليه ردّه من فوره الى المشترى المحيل (كما لو كان الثمن مدفوعا دون حوالة ، وهلك المبيع قبل التسليم ، حيث يجب على البائع رد الثمن) ، وإلا لاجتمع لدى البائع العِوَضان كلاهما (المبيع والثمن) ، فيصبح الثمن لديه بلا مقابل . فلذا وجب ان تنفسخ الحوالة حينئذ لعدم الجدوى في بقائها ، اذ من المقرر في الأصول أنه : « لا عَبَث في التشريع » (ر : الموافقات للشاطبي ، كتاب الأحكام المسألة / ٩ ج ١ ص١٥٨) ولا يخفى أن القضاء كالتشريع مصون عن العبث . فليس من المعقول فقهاً أن يقضى لإنسان بأخذ ما يجب عليه رده من فوره حين الأخذ ، لأنه عبث :

بل إن الفقهاء أوجبوا التوقف في استيفاء الحق إذا قام احتمال سقوطه في نزاع قائم . فقد نصوا فيما إذا ادعى البائع على =

(الحالة الأُولى) ـ ارتفاع المحال عليه عروضاً في الحوالة المطلقة :

٢٨٩ ـ إذا كان للمحيل مالٌ عند المحال عليه ولكن الحوالة صدرت مطلقةً لم يقيَّد فيها الوفاءُ بذلك ، المال فإن هذه الحوالة المطلقة لا تبطل بفوات المال الذي للمحيل عند المحال عليه سواءٌ أكان بخلوٍّ يده من العين التي كانت له عنده بهلاكٍ ، أو كان باسترداد المحيل ماله من المحال عليه[1] ؛

= المشتري بالثمن ، فدفعه المشتري بأن في المبيع عيباً قديماً وطلب فسخ البيع ورد المبيع بسببه ، فأنكره البائع ، فقالوا : لا يقضي القاضي على المشتري بأداء الثمن المستحق وإن كان معترفاً به إن كان لديه بينة أو طلب تحليف البائع ، لاحتمال أن يثبت العيب المزعوم فيحتاج الى نقض القضاء الأول للبائع ، والقضاء ثانياً عليه بفسخ البيع ورد الثمن . فينبغي التريث حتى تنجلي دعوى العيب عن نتيجة (ر : الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٤/ ٨٧ طبعة أولى) وهذا كما ترى نظير ما يسمى في اصطلاح علماء القانون : « القضية المستأخرة » في المسائل الحقوقية ، (وهي القضية التي يتوقف البت فيها على البت في قضية أخرى مرتبطة تلك بها) ذلك لأن من القواعد المقررة لدى فقهائنا في القضاء : أن القضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن .

(ب) ـ أما في الحالة الثانية (حين يكون المحيل هو البائع) فإن سقوط الدّين المحال عليه وهو الثمن من ذمة المشتري كان يقتضي أيضاً بطلان الحوالة لأنها مقيدة به وليست مطلقة . ولكن هذه الحالة قد تعلق فيها حق للغير وهو المحال الخارجي الذى أحاله البائع على المشتري ، فسقوط الدّين المحال عليه بعد أن قبل المشتري الحوالة عليه برضاه ، لا يؤثر في حق الغير بعد ثبوته بصورة شرعية ، (وسيأتي قريباً في متن الموضوع عن الشافعية التعليل بذلك) ولكن هذا السقوط يؤثر فيما بين المشتري المحال عليه والبائع المحيل ، فيؤدى المشتري الثمن للخارجي المحال ، ويرجع على البائع فيسترد منه ، (وذلك نظير ما لو كان المشتري قد أدى الثمن للبائع نفسه قبل تسليم المبيع ، ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع أو بأحد الخيارات حيث يجب ردالثمن)

يتضح من هذا البيان أن انتقاد الأستاذ المحترم كاتب الموضوع تعليل ابن نجيم هو انتقاد في محله ، ولكن رأيه في لزوم بقاء الحوالة وعدم انفساخها في الحالتين على السواء هو محل نظر لما أوضحت من الفرق المهم بينهما ، فليتأمل . **(خبير الموسوعة)**

(١) سبق أن عرفنا أن هذا الحكم عام في الحوالة المطلقة سواء كان ارتفاع المال الذى للمحيل لدى المحال عليه أصالة أو عروضا (ر : ف/ ٢٨٠ و ٢٨٩)

إذ إن حق الطالب إنما تعلق بذمة المحال عليه، لا بشيء، عنده أو عليه، وفي الذمة سَعَةٌ. فللمحيل أن يطالب المحال عليه بما لَه عنده، كما أن للمحال أن يطالبه بدين الحوالة: فإذا أدي هذا الدين الأخير، سقط عنه الدين الأول بطريق المقاصّة بين دَين الحوالة الذي أداه ودَين المحيل[1].

مثال تطبيقي:

سئل ابن نُجَيم عن مدين باع دائنه شيئاً بمثل دينه ثم أحال عليه بالثمن أوبنظيره، هل تصح الحوالة؟ فأجاب: «إن وقعت بنظير الثمن صحت، لأنها لم تقيَّد بالثمن — ولا يشترط لصحتها دَينٌ على المحال عليه — وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين، وهو مستحَقٌّ للمحال عليه، لوقوع المقاصّة بنفس الشراء، وقدمنا أن الدَّين إذا استُحِقَّ للغَيْر فإنها تبطل»[2].

فإذا لوحظ ما بيناه آنفا مع ما تقدم قبلاً في بعض الطوارئ المبطلة (ر: ف/ ٢٨٠) تتضح دقة ابن نُجَيم رحمه الله في هذا الجواب التفصيلي السديد.

(الحالة الثانية) — ارتفاع المال المحال عليه عُروضاً في الحوالة المقيدة بعين:

٢٩٠ — لا تبطل الحوالة المقيدة إذا كان المال الذي قُيِّدت به الحوالَة عيناً مضمونة، ثم لحقها الهلاك بسبب طارئ، كما لوضاعت أوسُرقت أو تلفت في حريق مثلاً، فإن الحوالة تبقى كما هي، ومطالبة المحال عليه متوجهة، كما كانت قبل التلف لأن الحوالة قُيِّدَت حين عُقِدت بشيء موجود فعلاً، فلا يضير ارتفاعه الطارئ، لأن العين المضمونة كالمغصوب مثلاً إذا هلكت وجب على ضامنها مثلُها، إن كانت مثلية، وقيمتُها إن كانت قيمية، فيكون فواتها إلى خَلَف. والفوات إلى خَلَفٍ كالبقاء حكماً، لأن الخَلَف قائم مقام الأصل، فيتعلق به حق المحال.

وهذا منطبق تماماً على الأمانات التي تفوت بتعدّي مَنْ هي عندَه، إذْ هي إذْ ذاك تدخل في عِداد الأعيان المضمونة، بخلاف الفوات بطريقِ استحقاق العين للغير، ولو كانت مغصوبة، فإن الذمة تبرأ فيه من ضمان الفائت بعوده إلى مالكه، فيفوت إلى غير خَلَف، ولذا تبطل الحوالة به[3]، كما أسلفناه (ر: ف/ ٢٨٠)[4].

أما فوات الأمانات بغير تعدي من هي عنده، كالوديعة إذا احترقت أو سرقت، فإنه يُنهي الحوالة وتبرأ ذمة المحال عليه ويعود الدين على المحيل[5].

(١) البحر ٦/٢٧٥ و ابن عابدين على الدر ٤/٢٩٣ — ٢٩٤

(٢) البحر ٦/٢٧٥

(٣) نصت المجلة على البطلان في المادة / ٦٩٤.

(٤) مجمع الأنهر ٢/١٤١ والعناية على الهداية ٥/٢٥٠.

(٥) نص المادة / ٩٠٣ / ١ من مرشد الحيران: إذا أحال المدين غريمه على المودَع حوالة مقيدة بالعين المودَعة عنده فهلكت الوديعة، قبل أدائها للمحتال بلا تعدٍ من المودَع برئ المودَع، وبطلت الحوالة وببطلانها يعود الدَّين على المحيل:

وينبغي أن يُفرّق هنا بين الارتفاع الطارئ، كما في هذا المثال، حيث تنفسخ الحوالة انفساخاً وبين الارتفاع الأصلي كما لو ظهرت الوديعة مستحَقّةً، حيث يتبين بطلانها بمعنى عدم الانعقاد أصلاً، وإن كانت عبارتهم غامضةً، إذ يقولون: «واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها». (ابن عابدين على الدر ٤/ ٢٩٣).

أقول (إضافةً الى هذه الملحوظة من الاستاذ كاتب الموضوع):
ان هذه التفرقة (هنا في هذه المسألة) بين الانفساخ والبطلان إنما هي لمجرد التمييز في التسمية الاصطلاحية السديدة ولكنها هنا لا يترتب عليها فرق في النتيجة والحكم بين الحالتين، إذ =

وإذا استردَّ المحيل من المحال عليه العينَ التي قُيِّدَت الحوالةُ بالأداء منها ، لا تبطل الحوالة ولا تتأثّر بذلك لأن المحال عليه متعدٍّ بدفع ما تعلق به حق المحال إلى من ليس له حق أخذه ، وربما كان هذا كيدًا يكيده للمحال ، فيضمن المحال عليه للمحال ، ويرجع هو على المحيل بما أخذه [1] .

(الحالة الثالثة) – ارتفاع المال المحال عليه عُروضا في الحوالة المقيّدة بدَين :

٢٩١ – إذا استوفي المحيل من المحال عليه دَينه الذي قُيِّدت به الحوالة ، لا تبطل الحوالة بذلك ولا تتأثر به في شيء للسبب المذكور في حالة استرداد المحيل العين التي قيدت بها الحوالة [2] .

٢٩٢ – لا تبطل الحوالة المقيدة إذا كان المال الذي قُيِّدت به الحوالةُ دَيناً فات بأمر عارض بعد الحوالة كذلك .

= لا مجال في فوات أعيان الأمانات غير المضمونة للتمييز بين أسباب هذا الفوات من حيث الحكم المترتب ، فإن فوات الوديعة التي قُيِّد وفاء الحوالة بها يستوي فيه الارتفاع الأصلي والطارئ من حيث ارتفاعُ الحوالة في كليهما كما عُلم من متن الكلام أعلاه .

ولعل فقهاءنا لهذا الاعتبار هنا عبّروا بقولهم : « واستحقاق الوديعة – المحال عليها – مبطل للحوالة كهلاكها » :

على ان المتتبع لكلام الفقهاء يجدهم غير ملتزمين لهذا التمييز (الذي نحرص نحن عليه) بين الحالتين في التسمية ، فكثيراً ما يعبرون بالبطلان عن حالة الفسخ والانفساخ .

ويجدر بنا التنبيه بهذه المناسبة الى أن لفسخ العقود في الاصطلاح القانوني معنىً خاصاً ذا حدود وقيود يختلف عن معناه العام في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية . ففي المجال القانوني لا يجوز هذا التبادل في التعبير بين الفسخ والبطلان كما يتساهل فيه فقهاؤنا كثيراً فلينتبه اليه .

(خبير الموسوعة)

(١) مجمع الأنهر ٢/١٤١ – ١٤٢ .
(٢) مجمع الأنهر ايضا .

مثاله : رجل باع بضاعة بألف دينار وأحال على المشتري بثمنها ، ثم احترقت البضاعة مثلاً أو غرقت قبل تسليمها إلى المشتري ، أو رُدَّتْ بعيب أو خيارٍ ما – ولو بعد التسليم – أو تقايلا البيعَ ، فإن الثمن يسقط عن المشتري ، ولكنْ لاتبطل الحوالة ، لأن الدين الذي قيّدت به كان قائماً عند عقدها ، فليس يضر سقوطُه بعدُ . [3] ثم إذا أدي المحال عليه استحَقَّ الرجوع على المحيل ، لأنه قضي دَينه بأمره .

فإذا كان المشتري في المثال الآنف هو المحيل للبائع بالثمن ، فقد تقدم في الفقرة (٢٨٨) حكمُهم ببطلان الحوالة [4] .

[يتبين مما هنا مع ما تقدم هناك أن الحنفية قد فرقوا – من حيث تأثيرُ هذا الطارئ على الحوالة – بين أن يكون الدَين محالاً به ، فتبطل الحوالة بسقوطه بعد ثبوته ، وبين أن يكون محالاً عليه ، فلا تبطل بذلك ، وهم لم يعرضوا الأمر بهذا الوضوح ، ولكن هذا هو مُفاد كلامهم] [5] .

٢٩٣ – والشافعية يوافقون الحنفية على هذه التفرقة تمامَ الموافقة ، فيما اعتمدوه ، وكذلك الحنابلة ، فيما عليه القاضي وأصحابه ، وإن كانوا كسائر الحنابلة لا يبطلون الحوالة بعد قبض

(٣) البحر الرائق ٦/٢٧٥ والفتاوى الهندية ٣/٣٠٦
(٤) وكان القياس في رأينا ألا يختلف حكم المسألة في الحالين ، وأن تبقى الحوالة على كل حال ، لأن الدين ما سقط فيهما إلا بعد ثبوت ، إلا أن يعلل للتفرقة في الحكم بعلة أخرى .
(٥) بل عرضه صاحب « البحر » ابن نجيم بهذا الوضوح في التفرقة بين كون البائع محيلاً أو محالاً ، نقلاً عن الذخيرة عن المنتقى ، لكن ابن نجيم لم يحسن تعليل الفرق بين الحالتين كما بينته قبلاً تعقيباً على الحاشية / ٣ تحت الفقرة /٢٨٨

(خبير الموسوعة)

دينها ، ويقولون : يتبع صاحبُ المال مالَه حيث كان[١] ، وهو وجه لبعض الشافعية (إلا أن الحنفية لم يأتوا بتعليل مقنع ، كمارأينا) (ر : ف/ ٢٩٢) ، وإنما أتى بالتعليل الوجيه الشافعيةُ وموافقوهم ، إذ قالوا : إن الدَين سقط في الحالين بعد ثبوت ، فصار كأن لم يكن ، نظيرَ ما لو تبين أنه ثمنُ حُرٍّ أو موقوفٌ ، ومقتضى ذلك بطلان الحوالة فيهما ، إلا أنه مَنع من ذلك مانع في حالة الحوالة عليه ، وهو تعلق حق الغير به ، وهذا الغير هو المحال .

وقد استنبط بعض متأخري الشافعية من هذا التعليل أنه في حالة الحوالة به (أي بالثمن من قِبَل المشتري) لو أن المحال (وهو البائع) كان قد أحلّ مكانه دائناً له ، بطريق الحوالة ، قبل سقوط الدَين ، لم تبطل الحوالَة أيضاً لتعلُّق حق الغير[٢] .

(١) المغني لابن قدامة ٥/ ٥٦ والانصاف ٥ / ٢٢٩ ونصت المادة ٦٩٣ من المجلة على ان المحال عليه يرجع على المحيل . . كما نص مرشد الحيران في المادة / ٩٠٢ على انه إذا أحال البائع أحداً بالثمن على المشترى فأداه الى المحال له ثم استحق المبيع بالبينة يرجع المشتري بما أداه على البائع لا على المحال الذى قبضه وإن لم يظفَر بالبائع .

(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٩٦

غير أن الشافعية يستثنون فسخ العقد بالخيار في مدة الخيار من الأسباب المسقطة للدّين المحال عليه : فيجعلون هذا الفسخ مبطلا للحوالة ، لأن العقد مُزَلزَل (مغني المحتاج ٢/ ١٩٤) ، وهذا استثناء من بقاء الحوالة على الدّين الذى طرأ سقوطه . ولهم استثناء آخر من بطلان الحوالة به فقد جزم متأخروهم — على خلاف مانص عليه في المهذب (٣٣٨/١) — بأن الحوالة بالمهر لا تبطل بسقوطه ، لأن المهر أقوى من غيره ، ولذا ليس في زيادته المتصلة رجوع ، بخلاف الثمن ، ثم يرجع الزوج بكل المهر إن انفسخ النكاح قبل الدخول بنحو ردّة الزوجة أو عيب أو مخالفة شرط ، ويرجع بنصفه فقط إن طلّق قبل الدخول (مغني المحتاج ١٩٦/٢ والبجيرمي على المنهاج ٢٣/٣) .

ولم يوافقهم أحد — عدا الإمامية — على هذا الاستثناء أو ذاك =

٢٩٤ — ثم الأصح أنه لا فرق عند الشافعية — في حالتَي البطلان وعدمه — بين أن يكون طروءُ الطارئ المسقِط للدين قد وقع بعد قبض دَين الحوالة أو قبله .

ويترتب على بطلانها بعد القبض ، أن يرجع صاحب المال (المحيل) على المحال الذي قبضه — إما بعينه إن كان باقياً ، او ببدله إن كان تالفا ، ولو رده المحال على المحال عليه ، لأنه لا يملك الحق في هذا الرد ، فقد قبض بإذن ، فإن لم يقع القبض عن نفسه ، وقع عن الآذن ، ويتعين حقه فيما قبضه .

ويترتب على بقاء صحتها قبل القبض أن المحال عليه لا يملك الرجوع على المحيل إلا بعد الدفع[٣] .

وقد علمنا (ر : ف/ ٢٩٣) خلاف الحنابلة وبعض الشافعية في ذلك ، ومعهم أيضاً الزيدية : إذْ يُميّزون بين ما قَبْلَ القبض وبعدَه : فبعد القبض لا تبطل الحوالة عندهم جزماً ، بل يتبع صاحبُ المال مالَه حيث كان . أمّا قبل القبض فعندهم قولان : بالبطلان وبعدمه — وسيجيئان لغيرهم — وهم يرجحون البطلان : فقد فرضوا النزاع في حالة الحوالة على الدَيْن ، أي مع تعلق حق أجنبي ،

= ولا هو في كلام متقدميهم : وإنما هي الاقوال الثلاثة :
١ — إطلاق البطلان
٢ — إطلاق عدمه
٣ — بطلان الحوالة بالدّين لا عليه ، دون استثناء .
أما الإمامية فقد وافقوا على الاستثناء الأول (أي في حالة الحوالة على الدّين إذا فسخ العقد بحكم الخيار) لكن الحلّي عقّب قائلاً : « وعندى فيه نظر ، لأن البيع لم يبطل من أصله ، وإنما تجدد البطلان ، فلا يؤثر في الحوالة » (تذكرة الفقهاء ٢/ ١٠٧) وهو نظر مستعار ، كما ترى ، ويعني بتجدد البطلان طروءه .

(٣) مغني المحتاج ٢/ ١٩٦

فيسري هذا الترجيح للبطلان بطريق الأَوْلوية في حالة الحوالة بالدَين[١] ، وهو موقفهم نفسه من حالة ظهورِ أنْ لا دَين منذ البدء ، لم يبدّلوه .

كما أن الإباضية أيضاً لم يبدّلوا هنا موقفهم هناك . (ر : ف/ ٢٨٦) . وكذلك ابن القاسم وأتباعه من المالكية . أما أشهب ـ وهو الذي اعتمد متأخرو المالكية طريقته في المسألَة ـ فيطلق القول هنا بعدم البطلان ، لأن الفسخ عارض ـ إلا أنه يبطل الحوالة بالثمن أو عليه ، إذا رد المبيع بعيب[٢]

٢٩٥ ـ قلنا إن التفرقة الآنفة الذكر (ر :ف/ ٢٩٢) بين الحوالة بالدَين والحوالة عليه ، جارِيةٌ على المعتمد عند الشافعية ، وعلى قول القاضي وأصحابه عند الحنابلة . ومن هؤلاء وهؤلاء مخالفون : يسوون بين الحوالة بالدَين والحوالة عليه في البطلان ، لما قدمناه هناك ، ولا يأبهون لتعلق حق الغير ، لعدم فائدة الحوالة[٣] . ومع هؤلاء الطوسيُّ من الإمامية وأتباعه الكثيرُون ، وإن كان صاحب تذكرة الفقهاء منهم يريد أن يتَبَنى كل ما قاله الشافعية هنا .

وآخرون : يسوون بينهما في الصحة ـ وعلى رأس هؤلاء أبو علي الطبري من الشافعية : فهم لا ينظرون إلى تعلق حق أجنبي ، بل إلى أن الدَين كان قائماً عند عقد الحوالة على أية حال وصحت الحوالة وبرئت بها ذمة المحيل ، فلا يضر سقوطه بعد ثبوته ، لأنه يُغتفر في البقاء ما لا يُغتفر في الابتداء ، كما قالوا في الإمامة الكبري : إن الفسق يمنع انعقادها ابتداءً ، ولو عَرَض في أثنائها لم ينعزل الإمام[٤] .

والقياس الذي كان أبو علي الطبري نفسه يتعلق به : هو أنّ الحوالة بالدَين وعليه ، إذا طرأ فاسخ لسبب وجوبه ، تقاس على التصرف في أحد عوضَي البيع ، إذا طرأ ما يفسخه ؛ كما لو اشترى زيد بثوبه شيئاً ما من عَمْرٍو ، وباع زيد هذا الشيء ثم رُدَّ عليه الثوب بعيب ، فإن الصفقة الثانية ماضية . والجامع في هذا القياس أن كُلاًّ منهما صفقةٌ سبقتها أُخرى ، فلا يؤثر في الثانية طروء انفساخ الأُولى .

ولكنهم ردوا عليه بأن المَقيس عليه فيه مانعٌ من بطلان الصفقة الثانية ، وهو تعلق حق الغير ، أي المشتري الجديد ، ولا كذلك الحوالة بالدَيْن[٥]

وله ولمن معه قياس آخر ، ليس فيه هذا الفارق ، ذلك هو القياس على ما إذا أخذ البائع بحقه عوضاً ، كما لو استبدل بالثمن ثوباً ، ثم فسخ البيع . والجامع أنّ كُلاًّ من عقد المبادلة وعقد الحوالة مستقل فلا يؤثر فيه انفساخ العقد الأول[٦] :

ومع أن الشافعية يناقشون هذا القياس أيضاً بأَن الراجح عندهم بطلان عقد المبادلة هذا ، فإن كثيرا من أفذاذهم يسلّمون أن القول ببطلان الحوالة هنا مبنيٌّ على أنها استيفاء ، أمّا على أنها بيع فلا تبطل[٧] .

(١) البحر الزخار ٥/ ٦٩

(٢) وهذا الإبطال لا يتفق مع التأصيل الذي أصّله ، إلا إذا جرينا على أن الرد بالعيب رفع للعقد من أصله ، لا من حينه ، وهما قولان عند المالكية وغيرهم (الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٦)

(٣) المغني لابن قدامة ٥/ ٥٦

(٤) البجيرمي على المنهج ٣/ ٢٣ والأشباه للسيوطي ١٢٤ والمغني لابن قدامة ٥/ ٥٦ والفروع ٢/ ٦٢٧ وتذكرة الفقهاء ١٠٩ ـ ١١٠

(٥) المهذب ١/ ٣٣٨

(٦) المغني لابن قدامة ٥/ ٦٣

(٧) البجيرمي على المنهج ٢/ ٢٣

المطلب الثالث

الانتهاء بالتوى

عجز المحال عن الوصول الى حقه من طريق المحال عليه

٢٩٦ – التوى في اللغة : وزان الهوى – وقد يُمَدّ – التلف والهلاك . هكذا عمم في «المصباح» وقصره صاحب «الصحاح» على هلاك المال . ويشتق منه فيقال : تَوِيَ المال – من باب فَرِحَ – يَتْوَى ، فهو تَوٍ وتَاوٍ ، كما في «المُغْرِب» . «ولسان العرب» و «تاج العروس» .

أما في إصطلاح الفقهاء هنا : فالتَوَي هو العَجْز عن الوصول إلى الحق[١] ، أي عجز المحال عن الوصول إلى حقه من طريق المحال عليه[٢] .

نتناول هنا ، بعد تعريف التوى ، بحث الخلاف فى اعتبار التوى نهاية ، ثم بحث أسبابه وآثاره ، وذلك فى ثلاث شعب :

تعريف التوى

الشعبة الاولى

الخلاف فى اعتبار التوى نهاية

(اولا)

وجوه الخلاف

٢٩٧ – الرجوع على المحيل ، إذا تَوِيَ المال على المحال عليه ، لم يقل به مع الحنفية ، من فقهاء المذاهب السبعة الأُخري ، سوى الناصر من الزيدية ، وهو يزيد عليهم – وِفاقاً لشُريح ، والحسن ، والنخعي ، والشعبي[٣] – بأنه يقول به في كل توى ، مهما تكن الأسباب . (ر : ف/١٧) وقد تقدم هناك رأي زُفَر وموافقيه .

والذين وافقوا على الرجوع بسبب العجز عن الوصول إلى الحق في حالات الغرور خاصة ، لم يعتبروه فاسخا للحوالة – إن صحّحوا انعقادها – بل سبباً من أسباب الخيار في الإبقاء على عقدة الحوالة أو فسخها . وسيأتي بيان معني الغرور عند المالكية ، وكذلك معناه عند الحنابلة (ر : ف/٢٩٩) . وهو أيضا معناه عند الإباضية ، والزيدية ، والإمامية[٤] . ولينظر قول مبطلي الحوالة عند تبيُّن إعسار المحال عليه (ر : ف/١٣٥) .

وسنورد هنا ما قاله المالكية ، ليكون أمام القارئ بصورة كاملة ، فان فيه شيئاً من الاضطراب . ذلك أنهم يقولون :

إنه بمجرد الحوالة ، يتحول الدّين إلى ذمة المحال عليه نتيجة لاعتبارها كالقبض ، وتبرأ ذمة المحيل نهائياً ، فلا رجوع عليه بسبب فَلَس

---

(١) العناية مع فتح القدير ٥/ ٤٤٩

(٢) وهذا القيد بكونه (من طريق المحال عليه) ضروري في التعريف ، وإن لم يصرّحوا به اتكالاً على فهمه ، ليخرج العجز عن الوصول الى الحق من طريق المحيل ، فإن هذا لايحقق التّوَى بالمعنى المقصود هنا اصطلاحاً والذي تترتب عليه آثار معينة سيجيئ بيانها .

(٣) المحلى ٨/ ١٠٩ وقد تقدم في مناسبته عند الكلام على أثر الحوالة في براءة المحيل من الدّين وكون هذه البراءة عند الحنفية مقيدة بعدم التّوَى (أي معلقة على السلامة) أن هناك بعض حالات عندهم تكون فيها براءة المحيل نهائية لاتتأثر بالتّوَى استثناء من القاعدة عندهم (ر : ف/ ٢٠٢)

(٤) جوهر النظام ٣٩٢ والبحر الزخار ٥/ ٦٨ وتذكرة الفقهاء ٢/ ١٠٥ .

المحال عليه ، ولو كان هذا الفَلَس قائماً عند الحوالة ، ولا بجحده للدَين بعد الحوالة ، إلا إن غره المحيل ، بأن علم أو ظن ظنًّا قويًّا فقرَ المحال عليه أو جحْدَه ، فكتمه عن المحال ، فإن ثبت هذا العلم أو الظن ، ببينة أو إقرار ، لم يتحول الدَين ولم تبرأ ذمة المحيل .

ومعنى ذلك – وهو الذي قرّره الخرشي [١] – أن الحوالَة باطلة [٢] . وعلى هذا الأساس قال الدردير والرهوني : إن للمحال الرجوع على المحيل حينئذ ، لأنه غرّه [٣] .

ثم عرض المالكية لدعوى المحال الغرور ، فقالوا : إنه لا يُصَدَّق – إلا أن يكون المحيل موضعاً لمثل هذه التهمة . فإن كان لها موضعاً فحينئذ يطالب باليمين على نفي العلم (أي العلم بفقر المحال عليه أو جحده) : ثم إن حلف بَرِئَ من التهمة ، ولزمت الحوالة ، وإن نكَل ، فهي يمين إتهام لا تُرَدّ – خلافاً لما قرّره الخرشي – بل بمجرد النكول يُقضَى بحق المحال في الرجوع على المحيل .) [٤]

٢٩٨ – نعم إذا شرط المحال الرجوع عند العجز عن الوصول إلى الحق من قِبَل المحال عليه بسبب معيَّن أو أكثر ، فهنا يختلف نفاة الرجوع بالتَوَي : فالمالكية ، والإباضية ، وبعض الشافعية ، يقولون إن له شرطه . ويعلله الباجي – في غموض – قائلاً : «ووجه ذلك أن الحوالة صحيحة ، وقد شرط فيها سلامة ذمته ، فله شرطه » [٥] . أما جماهير الشافعية فيرون أن شرط الرجوع عند العجز شرط منافٍ لمقتضى العقد فيبطل . ثم الأصح عندهم أنه يبطِل العقد نفسه أيضاً . [٦] ومعهم في بطلان هذا الشرط الظاهرية إذا كان المحال عليه مليئاً ، وذلك بناءً على أصلهم العام من أن : كل شرط فهو على البطلان ، ما لم يرد نص بصحته بخصوصه [٧] .

٢٩٩ – يعتبر الحنفية التَوَى نهايةً للحوالة على التفصيل الذي سيأْتي . ويخالفهم أئمة المذاهب الثلاثة الأُخرى وغيرهم :

فالشافعية والليث وأبو عبيد على أن التَوَى لا يعتبر نهاية للحوالة ، وبالتالى لا رجوع به للمحال على المحيل . وكذلك يقول أحمد ، إلا أنه استثنَى في روايةٍ عنه ما إذا كان المحال عليه مفلساً عند الحوالة ، ولم يعلم المحال بإفلاسه ، فإنه حينئذ يكون له الرجوع على المحيل – إلا أن يثبت علم المحال بذلك ورضاه به [٨] . وهذه الرواية عن أحمد تتفق مع مذهب المالكية الذين يقولون أيضاً بأن اشتراط الرجوع في حالة التَوَي مقبول ويُعمل به ، ولكن بشريطة

(١) الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٦

(٢) وهذا إن سلم في الجحد – على تقدير انتفاء الدين – لا يسلم في الفقر أو الفلس ، لأن اليسار ليس شريطة صحة عند المالكية .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٦٨ .

(٤) الخرشي على خليل وحواشيه ٤/ ٢٣٦ .

(٥) المنتقى على الموطأ ٥/٦٧ . وهذا هو بعينه الذي يُسألون عن مستند صحته لأنهم مقرون بأن عدم الرجوع على المحيل هو مقتضى عقد الحوالة . (الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٥) فيكون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد .
ويقول الإباضية : إن له أن يشترط الرجوع متى شاء (شرح النيل ٤/ ٦٣٩) ولكن هذا حينئذ معنى الضمان بلفظ الحوالة (مختصر الخصال ٢٢٥ ومدارج الكمال ١١٤) وقد تقدم للحنفية (ر : ف / ٩٢) .

(٦) مغني المحتاج ٢/ ١٩٦ .

(٧) المحلى ٨/ ٤١٢ .

(٨) المغني لابن قدامة ٥ / ٥٨ .

علم المحيل بهذا الإفلاس[١] ، وألحقوا به علمه بجَحْدِه كما بيناه آنفا (ف / ٢٩٧).

٣٠٠ – وبهذا يتحرر : أن المذاهب في الرجوع بالتَوَى أربعة :

١ – إطلاق القول به : على خلاف في تحديد أسبابه أو إطلاقها . وهذا هو مذهب الحنفية (ما عدا زُفَر) ، ومذهب الناصر من الزيدية ، وبعض السلف[٢] .

٢ – إطلاق رفضه : وهذا هو مذهب جماهير الشافعية .

٣ – رفضه إذا كان المحال عليه مليئاً ، وهذامذهب الظاهرية .

٤ – يوجب الرجوع إذا شرط ، وإلا فلا رجوع – إلا في حالات الغرور – وعليه المالكية والإباضية[٣] .

ولكل فريق متمسكه من الأدلة الشرعية : وفيما يلي بيان استدلال كل فريق في حدود ما يسمح به المقام من البسط ، نظرًا لأن قضية الرجوع في حالة التوى أو عدم الرجوع هي من أبرز أحكام الحوالة شأناً ، وأهمها نتيجة في نظر التشريع .

(ثانيا)
ادلة الحنفية

يستدل الحنفية لقولهم بالرجوع في حالة التوى بما يلي :

أ) – إجماع الصحابة :

٣٠١ – فقد جاءعن عثمان(رضي الله عنه) ، في المحال عليه اذا مات مفلساً أنه يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وقال : لاتَوَى على مال امرئٍ مسلم (بل رُوي هذا حديثاً مرفوعاً) .

وجاء عن شريح مثله ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه ، فكان إجماعاً[٤] . وقد ناقش هذا الدليل مخالفو الحنفية نقاشاً حامياً فقالوا :

إدعاؤهم إجماع الصحابة على ما كان عثمان يراه من الرجوع على المحيل بالتَوَي غير مسلَّم به . ولو صح ما رووه عن عثمان من أنه «لاتوى على مال امرئٍ مسلم – وكان مع ذلك حجة بمفرده ، أو صح الإجماع عليه – لكان أجدر بأن يكون حجة للناصر ومن معه من مطلقي الرجوع بالتوى ، دون فصل بين سبب وسبب ، من أن يكون حجة للحنفية الذين لم يطلقوا هذا الإطلاق . ولكن هذا النقل عن عثمان لم يصح أيضا ، إذ يرويه خالد بن جعفر ، عن معاوية بن قُرّة ، عن عثمان ، ولم يثبت سماعه منه ، على أنه تردد في أن ذلك قد كان في الحوالة أم في الكفالة ؟ وهذا وحده يسقط التعلق به على فرض صحته[٥] .

(١) وهذا التقرير لمذهب مالك هو الموافق لما رجح الرهوني فيحاشيته على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٥/ ٤٠٥ . لكن الذي قرره الخرشي (٤ / ٢٣٦) والعراقي في حواشي التحفة (٢ / ٣٥) بطلان الحوالة في هذه الحالة .

(٢) نص مرشد الحيران في المادة / ٨٩٠ على أن براءة المحيل وكفيله مقيّدة بسلامة حق المحال .

(٣) وهو مقتضى ما يقرره الإمامية في الشروط عامة (مع نصهم هنا على الخيار في حالة الغرور) من أن كل شرط ليس بمحظور شرعي في نفسه ، ولا هو مما يؤدي الى جهالة في أحد العوضين فهو شرط صحيح نافذ ، ويترتب على اختلاله خيار شارطه (الروضه البهية ١/ ٣٣١) . وهذا هو الرأي السائد الآن بين متفقهة العصر ، ويتفق مع ما يقوله الوضعيون : من أن العقد شريعة المتعاقدين . وعليه جرى ابن تيمية ومتابعوه ، وإن كان أصل المذهب عندهم (في غير حالة الغرور على رواية) كالشافعية (المغني لابن قدامة ٥/ ٥٨ والفروع ٢/ ٤٨٤) .

(٤) البدائع ٦/ ١٨ (إي إجماعاً سكوتياً) .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ / ٥٩ .

ثم هو بعد هذا كله معارَضٌ بما رُوي عن علي - عند حماد بن سلمة باسناده - من نفي الرجوع بالتَوَى[1] . فكيف يُدَّعَى الاجماع مع خلاف علي ؟ نعم رُوي عن علي أيضا مِثْلُ ما رُوي عن عثمان لكنه أضعف سندًا[2] .

ب) - المعقول :

٣٠٢ - لأن المقصود بالحوالة أن ينوب الثاني عن الأول في الإيفاء ، لا مجرد نقل الوجوب من ذمة إلى ذمة ، إذ الذمم لا تتفاوت في أصل الوجوب ، هذا هو ما يتعارفه الناس ، وما تعارفوه فهو كالمشروط .

وعلى هذا ، فبراءة المحيل لم تثبت مطلقة ، بل مشروطة بعِوَض ، فإذا لم يسلم هذا العوض عاد الدَين إلى ذمة المحيل فشغلها كما كان . نظيره أن يهلك المبيع قبل قبضه ، أو يخرج مستحقاً ، أو يتبين به عيب ، فإن المشتري يرجع بالثمن ، إذ العرف قاضٍ بأنه ما بذل الثمن إلا ليحصل على مبيع سليم ، فإذا فات هذا المقصود الذي هو في قوة المشروط ، عاد بالثمن الذي بذله . هذا قياس لاشك في جلائه[3] .

وقد رد مخالفو الحنفية على القياس على البيع ، إذا استُحِقَّ المبيع أو تبيّن عيب فيه مطلقاً ، أو هلك قبل قبضه ، أو بعبارة أخصر وأعمّ : القياس على معاوضة لم يسلم عوضها .

فربما قيل فيه - وقد قيل[4] - إنه قياس مع الفارق من وجهة نظر كثيرين ، منهم الحنفية أنفسهم أو جماهيرهم ، إذ هم ينكرون أن تكون الحوالة معاوضة دَين بدَين ، لئلا يلزم بيع الدَين من غير مَنْ هو عليه[5] .

(ثالثا)

ادلة الشافعية وموافقيهم

ويستدل الشافعية وموافقوهم على عدم الرجوع في حالة التَوَى مطلقاً بالأدلة التالية :

أ) - السنة المطهرة :

٣٠٣ - فقد جاء في قوله صلوات الله عليه عند الطبراني في الأوسط ، وأصله عند الجماعة (ر : ف/ ٣٥) : « من أحيل على مليء فليتّبع » هكذا من غير فصل بين تَوَى وغيره ، ولا يوجد مخصص لهذا العموم[6] .

---

(١) المحلى ١٠٩/٨ .

(٢) المحلى ١٠٩/٨ . ولا أقل من أن يقال : إن قول الصحابي ليس حجة بلا خلاف حين تروى عن صحابي مثله مخالفته . على أن الحق في الأصول أن قول الصحابي ليس حجة مادام مجرد قول صحابي لا يعلم أخالفه غيره أم لا ؟ .

(٣) الزيلعي على الكنز ٤ / ١٧٢ وفتح القدير على الهداية ٥ / ٤٤٨ .

(٤) المغني لابن قدامة ٥ /٥٩ .

(٥) يُلحظ أن الذين يردّون بهذا الرد هم مجمعون على أن الحوالة معاوضة من قبيل البيع ، لكنهم يردّون بذلك على الحنفية إلزاماً لهم بمذهبهم نفسه . لكن الحق - كما رأينا آنفاً - أن الحنفية لا يقيسون بجامع أن كُلاًّ معاوضة ، بل بجامع أن العرف قاضٍ في كلتا الحالين (الحوالة ، والبيع) فإن الذي نزل عن ماله إنما نزل عنه ليسلم له مقابله ، فتكون سلامة هذا المقابل كالمشروط صراحة بمقتضى هذا العرف ، إذ المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً .

على أنه يصح أن يكون قولهم هذا لإلزام المخالف الذي يقول بأن الحوالة من قبيل البيع - وإن كان لا يتجه على هذا المخالف القياس على حالة هلاك المبيع قبل قبضه ، لأن الحوالة عنده بمثابة القبض (المهذب ٣٣٨/١ والمغني لابن قدامة ٥ /٥٩ والخرشي على خليل ٤ /٢٣٥) . على أن مما ينازع فيه كون العرف - في جانب الحوالة قاضياً بحق الرجوع . بل يمكن أن يقال : إن العرف يقضي بانتفائه . وهذا هو الفرق بين الضمان والحوالة .

(٦) نهاية المحتاج ٤١٥/٤ .

ب) - آثار الصحابة :

٣٠٤ - من ذلك ما جاء عن علي : إذ كان قد أحال ابن المسيِّب بدَين له عليه ، فمات المحال عليه ، فقال ابن المسيِّب : «اخترتُ علياً» ، فقال عليّ : «أبعدك الله» ، فقد أبعده بمجرد إحالته ، ولم يجز له الرجوع [١] .

وفي رواية المغني : «أن حَزْناً جَدَّ سعيد بن المسيِّب كان له على عليٍّ رضي الله عنه دَينٌ فأحالَه به ، فمات المحال عليه فأخبره فقال : اخترتَ علينا ، أبعدك الله» [٢] .

وابن حزم في «المحلى» قد روى القصة بين علي والمسيِّب [بصورة تختلف في الأساس عن هذه الصورة] حيث قال بالنص «وقد روينا من طريق حماد بن سلمة ، عن محمد بن اسحاق ، عن علي بن عبيد الله ، عن سعيد بن المسيب : أنه كان لأبيه المسيب دين على إنسان ألفا درهم ، ولرجل آخر على عليّ بن أبي طالب ألفا درهم : فقال ذلك الرجل للمسيِّب : أنا أحيلك على عليّ ، وأحلني أنت على فلان - ففعلا . فانتصف المسيِّب من عليّ : وتلف مال الذي أحاله المسيِّب عليه . فأخبر المسيِّب بذلك عليّ بن أبي طالب ، فقال له عليّ : أبعده الله :» [٣] .

حوالة ويقول ابن حزم عقيبها : «ولسنا نرى إحالة من لا حَقّ للمحال عنده ، لأنه أكل مال بالباطل . وإنما يجوز عندنا مثلُ ما فعل عليٌّ والمسيِّب ، رضي الله عنهما ، على الضمان : فإنه إذا ضمن كل واحد من الغريمين ما على الآخر من غير شرط جاز ذلك ولزم ، وتحول الحق الذي على كل منهما على الآخر» [٤] . وهذا التحوُّل في الحق الذي على كل منهما على الآخر بمجرد الضمان إنما هو مذهب ابن حزم ، وجموع غفيرة من أهل العلم كالإمامية وأكثر الإباضية من أن الضمان (أي الكفالة) هو تحويل مال من ذمة إلى ذمة كالحوالة [٥] .

ج) - القياس :

٣٠٥ - (الأول) - قياس الحوالة على الإبراء : لأن البراءة في كُلٍّ حصلت مطلقة - إذ لم تقيد بشرط الرجوع عند التوى - فلا رجوع إلا بسبب جديد [٦] .

---

(١) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٤٤٧/٥ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ٥٩/٥

(٣) المحلى ٨ / ١٠٩و١١٠ . فهي إذن قصة المسيِّب نفسه ، لاسعيد ابنه ، ولا حَزْن أبيه - كما يروى أحياناً في كتب الفقه. ولايخفى أن هذه القصة على هذا الوجه - قصة مستنكرة عند المستدلين بها وغير المستدلين بها ، إذهي بيع الدّين بالدّين لغير من هوعليه ، لا من طريق الحوالة الشرعية المعهودة - حين يكون المحيل مدينا للمحال ، فينقل دَينه إلى ذمة أخرى ، فالقصة بهذه الصورة التي يرويها ابن حزم هنا هي حوالة حق مستقلة ليست في ضمن حوالة الدّين كما في الحوالة المقَيدة التي تشتمل على حوالة الحق =

= مع حوالة الدّين (ر : ف ١٤٩-١٥١) / كما أنها قد انتفى فيها التقابض رغم أنها في الربَويات (الأشباه للسيوطي ٢٦٠ ومغني المحتاج ٧٠/٢ / ٧١ ومطالب أولي النهى ٢٣٠/٣) .

(٤) ورواية المغني للقصة ، وكذا رواية العناية (على ما بينهما من اختلاف) تتفقان مع أسلوب الحوالة الشرعية المعهودة . فالله أعلم أى ذلك قد كان ؟ لكن الإنصاف أن هذا الاضطراب يجعل رواية هذا الرأي لاتساوي شَرْوَى نَقير . وإذن تكون المسألة في الحق خلواً من النقل الصحيح عن أحد من صحابة رسول الله ، رضوان الله عليهم أجمعين ، وليس ذلك بذي بال على كل حال ، فمجال الاجتهاد فسيح ، ومآخذ الاحكام وفيرة ، وحسب الجماهير ما سلم لهم من الدلائل التي ساقوها .

(٥) المحلى ١١٣/٨ وشرح النيل ٦٢٥/٤ والروضة البهية طبع جامعة النجف ١٤٥/٤ .

(٦) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٤٤٧/٥ و هذا القياس على الابراء - وهو حجة للجمهور على نفى الرجوع بالتوى - بعد ما سلف - تولى رده الحنفية ومن معهم ، بأن العرف القاضي بالرجوع قائم مقام الشرط ، وقد تقدم الكلام عليه (ر : ف٣٠٢) .

(الثـاني) ـ القياس على المغصوب منـه : فإنه إذا اختار تضمين أحـد الاثنين (الغـاصـب ، وغاصب الغاصب) ثم تَوِيَ عليـه المال ، لايعـود على الآخـر ـ فليـكن كـذلك المحـال ، لأنـه أيضاً كان مخيَّرًا عنـد الحـوالة بين أن يقبلهـا فينتقل حقه إلى ذمة المحـال عليه ، وأن يأباهـا فيبقى حقه في ذمـة المحيـل ، فإذا اختـار الأول لا يـرجـع على الثـاني . وهـكذا تطّرد القاعدة : كل مخيّر بيـن أمرين إذا اختـار أحدهما تعيـن عليـه ، ولا يعـود إلى الآخـر . [١]

وفي معناه : قياس المحال على غُرماء العبد المَـدين إذا أعتقه مولاه فإنهم بالخيار بين تضمين المولى قيمته ، وبين اتباع العتيق ـ فإذا اختاروا أحدهما ، وتَوِي ما عليه ، لا يرجعون على الآخَر [٢] .

(رابعا)

ادلة المالكية وموافقيهم

٣٠٦ ـ المالـكية في استدلالهم على عدم الرجوع في التَوَى إلا في حالتَي الشرط أو الغرور يقولون :

إن أدلة الشافعيـة في رفض الرجـوع مطلقـاً مخصَّصـة بهـذين الدليلين التاليين وليست على إطلاقهـا :

١) ـ المحال على مفلس يجهل إفلاسه كمشتري السلعة يجهل عيبها ، إذ الإفلاس عيب في المحـال عليه ، فيكون له الرجـوع ، كما أن للمشتري الرد بالعيب . وهـكذا يقول الحنابلة .

٢) ـ المحيل الذي يكتم إفلاس المحـال عليـه كالبائـع يدلّس عيبَ المبيـع ، فيجب أن تقـع المسؤوليـة على المدلِّس ، ولا تقتصـر على المفلس . هكذا يقول المالـكيـة ، وإنما خصـوا بالذكـر في قياسهم حالة التدليس من حالات الرد بعيب المبيع ، مع أنّه عامٌّ سواءٌ دلّس البائع أم لـم يدلِّس ، لأن للذمم خفاءً وسِرِّيَّةً لا تُعلم ، فصارت أشبه بالمبيـع الذي يُجْهَل باطنه ، وهذا لا رَدَّ بعيبه عندهم إلا عن تدليس [٣] .

(خامسا)

مناقشة الادلة

٣٠٧ ـ لا يحتاج الحنفيـة إلا إلى الإجابة عن أدلة الشافعية ، وقد فعلوا ، إذ يقولون ما خلاصته :

(أ) ـ إن الحـديث النبوي (من أُحِيل على مليْ فليتّبعْ) مخصَّص بالأدلة التي سقناها نحن بشـأن التوى .

(ب) ـ ما جاء عن عليّ ـ على فرض ثبوته ـ ليس فيه أن المحال عليه مات مفلساً . فربما كان مليئاً ، وحينئذ لا تنفسـخ الحـوالة بموته بالاتفاق [٤] .

(ج) ـ لا نسلم أن البراءة في الحـوالة حصلت مطلقة ، بـل هي قد حصلت مقيَّدة بسلامة حـق المحـال ، كما أو ضحنـاه بدليله .

(د) ـ القياس هنا قياس مع الفارق في موضعَيْه كلَيْهما ، لأن التخيير في الحوالة بين أصل وخلَف ، وفي المسألتين المقيس عليهما (أي المغصوب منـه

(١) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/ ٤٤٨ والزيلعي على الكنز ٤/ ١٧٢ .

(٢) العناية والزيلعي على الكنز أيضا .

(٣) المنتقى للباجي على الموطأ ٥/ ٦٨ .

(٤) وقد نبه على ذلك سعدي جلبي في حاشيته على العناية . (العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/ ٤٤٧)

وغرماء العبـد) التخيـرُ بين أصلين . وبيانه : أن ثبوت الحق في ذمة المحيـل أصل ، وثبوته في ذمة المحال عليـه خَلَف عنه ، بينما ثبوته على الغاصب وغاصبه ، أو المولى وعتيقـه ، لم يـكن بحـكم الإحـالة ، أي إنه لم يجب على أحدهما بعينه ثم نقله إلى الآخر ، بل وجب عليهما جميعاً وجوباً مخيَّرًا بحكم الشارع نفسه – فهما أصلان ، لا أصل وخلَف ، والقاعدة المشـار إليها إنما تُسلَّم في النـوع الأول (الاصلين) لا الثاني ، لأن المقصود بالخَلَف التوثُّق فإذا تَوِيَ الحـق فيه انعكس الموضوع[1] .

(١) قد يُجاب عن رد الحنفية (بأن القياس مع الفارق) أنه فـرق غير مؤثر مادام المقصود بالانتقال إلى الخلف هو المقصـود بالانتقال الى أصل آخر ، وهو الانتقال الى غير رجعة ، وهو مقتضى العرف في موضوع النزاع . والعادة محكّمة ، كما هو الأصل الفقهي المقرر عند الجميع .

وبهذا قد يترجح أن لا رجوع بالتَوَى – كما عليه الجماهير فإذا قرنّاه بما سلف آنفـاً في الفقرتين / ٢٩٧ – ٢٩٨ من إثبات حق الرجوع بالتَوَى ، إذا شُرط في عقد الحوالة (كما عليه المالكية) ، قد يخلص لنا من مجموعهما ترجيح مذهب المالكية كما قررناه هناك ، أي أن المحال يرجع بالتَوَى – بسبب معين من أسبابه أو أكثر – إذا شرط ذلك في عقد الحوالة ، وإلا فلا رجوع إلا في حالة التغرير بتدليس من المحيل . على أن هـذا الاستثناء مبنيّ على القياس الذي سلف في الفقرة / ٣٠٦ وهو القياس على تدليس العيب الخفي في المبيع ، والحوالة ليست بيعاً من كل وجه ، بل إن معنى الاستيفاء فيها شديد الوضوح ، قوي الأثر ، ولذا لا يأبه العرف الآن بمثل هذا التدليس – من حيث التأثير في عقد الحوالة ، أو إثبات حق الرجوع – وإن كـان محظورا شرعا بلا أدنى ارتياب .

هذا الذي قد يترجح بعد النظر والمقابلة هو الذي قرره مقننو القوانين الوضعية في مصر أخيراً . غير أنهم يستثنون حالة واحدة هي حالة ما إذا تم عقد الحوالة دون اشتراك المحال في إنشائه ، فإن المحيل في هذه الحالة يكون ضامناً ليَسار المحال عليه وقت إجازة المحال للحوالة (الوسيط للسنهورى ٣ /٥٨٥ و٥٨٦) . وهذه الحالة لا ورود لها على الفقه المالكي الذي تقدم اختياره ، إذ لا تتحقق فيه حوالة دون اشتراك المحـال . يقول خليل : « شرط الحوالة رضا المحيل والمحال فقط » (الخرشي عـلى خليل ٤/٢٣٢)

(سادسا)

محذور نفي حق الرجوع بسبب التوى وعلاجه

٣٠٨ – إن نفيَ حق الرجـوع على المحيـل ، إذا تَوِيَ مال الحـوالة عـلى المحـال ، أو حتى مجـردُ تقييده بأسباب معينـة إذا تخلفت ، قد يدفـع المحـال ، حين يُواجَه بهـذه الحقيقة ، وقد تَوِيَ مال الحـوالة بسبب معين – كامتناع ذي شوكة – إلى إنكار الحوالة نفسها .

وقد عالج فقهاؤُنا هذه الحـالة :

فقد نص الإمـامية على أن المحال هو المصـدَّقُ بيمينه[2] في إنـكار الحـوالة . وهذا واضـح ، لأن الأصل عدمها – ما دام لا بينة على حصولها[3] .

وقد يلجـأُ المحال إلى حيلةٍ أُخـرى إذا كانت الحوالة ثابتة ثبوتاً لا يحتمل النزاع ، فيدعي أن الحوالة وقعت على غير مدين للمحيل ، أو كمـا يقول المالـكية « وقعت الحوالة على غير أصل دين » إذا كان قد قَبِل الحـوالة دون إقـرار منه بمديونية المحال عليـه للمحيل .

وهنا ينص الشـافعية على أنـه لا اعتداد بهـذه الدعوى ، لأن مجـرد قبوله الحوالةَ يتضمن إقراره باستجماع شرائطهـا ، وهـذا كافٍ لتصحيـح الحـوالة بين عاقديهـا من حيـث ثبـوتُ الدين المحال عليـه . لـكن للمحـال تحليف المحيـل في أوجَهِ وجهين أنه لايعلم براءة المحال عليه من دينه هذا .

(٢) تذكرة الفقهـاء ٢/١١٢ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٠٤ .

ولكن ماذا يكون حكم مال الحوالة ، والمحيل والمحال عليه مقرّان بها ؟ هذا مال مُقَرّ به لشخص بعينه ، وهو ينكر ملكيته فتطبق القواعد المقررّة في حكم الإقرار ورده من المقَرّ له ، أو تكذيبه للمقِرّ . (البجيرمي ٣/٢١ ورد المحتار ٤/٤٤٩) .

وفي وجه آخر لا يحلّف لأن المحال مُقِرّ .

وقريب من ذلك رأي المالكية إذ يقولون بتحليف المحيل إذا كان يظن به العلم ببراءة المحال عليه ، فإذا لم يكن مَظنّةً لذلك لا يُحلّف .

فإذا نكل المحيل عن اليمين فالقاعدة عند الشافعية تقضي بأن للمحيل أن يطلب رد اليمين على المحال فإذا حلفها تبطل الحوالة .

وقد قال الخرشي من المالكية بمثل ذلك في نظير هذه المسألة ، فرد عليه المالكية قوله بأن يمين الاتهام لا تُرَدُّ على المدعي[1] . والواقع أن رد اليمين على المدَّعي فيه قولان في المذهب وخارجه. وقد كان ابن أبي ليلى يقول : أردُّهَا في غير التهمة ، ولا أردها في التهمة[2] .

الشعبة الثانية

أسباب التوى

٣٠٩ - للتوى - في الحوالة بنوعَيْهَا المطلقة والمقيَّدة - سببان عند أبي حنيفة ، وثلاثة أسباب عند الصاحبين . وتنفرد الحوالة المقيَّدَة بسبب مستقل ، فيكون مجموع الأسباب أربعة في الجملة[3] .

(أولاً) موت المحال عليه مفلساً قبل الأداء .

(ثانيا) جحد المحال عليه الحوالة ولا بينة .

(ثالثا) تفليس القاضي للمحال عليه .

(رابعاً) تلف الأمانة التي قيِّدَت بها الحوالة ، أو ضياعها .

(أولا)

موت المحال عليه مفلسا قبل الاداء

٣١٠ - وذلك بأن لا يترك ما يُقضي منه دَيْنُ المحال ، ولا كفيلاً به .

أما إذا ترك ما يقضى منه دَيْن المحال - مهما كان ما تركه ، ولو دينا في ذمة أو أكثر - فإنه لا يتحقق إفلاسه ، ولا يمكن حينئذ الرجوع على المحيل ، مهما تكن الأسباب والمعاذير . حتى إنه لو مات المحال عليه إلى أجل مليئاً وله دَيْن سيُفضي انتظار قسمته إلى تأخير أداء الحوالة لما بعد الأجل لا يكون للطالب أن يتعلَّل بذلك ليرجع على المحيل في رأي فقهائنا ، لبقاء الحوالة ، إذ التركة خَلَف عن صاحبها في المقصود هنا ، وهو قضاءُ الدَين[4] .

فإن كان ما تركه المحال عليه لا يفي إلا ببعض دَين المُحَال ، فلا إفلاس ولا تَوَى إلا بالنسبة إلى باقيه . ولذا يقولون : «إذا مات المحال عليه مديوناً ، قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص ، وما بقي له يرجع به على المحيل»[5] .

٣١١ - كذلك إذا ترك كفيلاً بدَيْن الحوالة ، لا يُعدّ مفلساً بالنسبة إليه ، (لأن الكفيل قائم مقام

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٩٦ والبجيرمي على المنهج ٣/ ٢٣ والخرشي على خليل ٤/ ٢٣٦ و ٢٣٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٤٦٩ .

(٣) هذه هي أسباب التوى الذي هو إحدى نهايات الحوالة ، أما مطلق التوى فأسبابه لا تحصر .

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٠/ ٧٢ وأطلق السرخسي انفساخ الحوالة بموت المحال عليه مفلساً ، فيشمل ذلك موت المحال عليه الأول والثاني ، فلما تنفسخ الحوالة الواحدة بموت المحال عليه مفلساً ، تنفسخ الحوالة الثانية بموت المحال عليه الثاني مفلساً (في صورة الأداء الحكمي بطريق الحوالة على آخر) وعندئذ يرجع الطالب المحال على المحال عليه الأول الذي هو المحيل الثاني .

(٥) ابن عابدين على الدر المختار ٤/ ٢٩٢

الأصيل، وخَلَفٌ عنه)[1] إلاأن يموت الكفيل أيضاً مفلساً، أو يبرئه المحال (لأن هذا الإبـراء كالفسخ للـكفالة معنى) وهذا هـو الذي عنـاه صاحب الخلاصة، حين قال: «إن المحال لو أبـرأ الكفيل بعد موت المحال عليه، فله أن يرجع بدَينه عـلى المحيـل»[2] وليس مـراده أنّ الـكفالة لا تمنـع الإفلاس، كما توهّم صاحب البحـر، وجاراه في «مجمـع الأنهـر» دون تعقيب[3].

(١) الزيلعي على الكنز ٤/١٧٣ والبحر ٦/٢٧٣ وابن عابديـن ٤/٢٩٢ وغيرها.
(٢) البحـر ٦/٢٧٣
(٣) مجمع الأنهـر ٢/١٤٠

اقـول:
إن المذكور في جميع مدونات الفقه الحنفي التي لدينا هو أن وجود كفيل للمحال عليه الذى مات مفلساً يمنع التّوَى ورجوع المحال على المحيل ولم تَحكِ في ذلك خلافاً. ولكن ابن نجيم في البحر (٦/٢٧٣) حكى فيه خلافاً فقال ما نصه: «ووجود الكفيل يمنع موته – أي المحال عليه – مفلساً، وفي الخلاصة لا يمنع، وأن المحتال لو أبرأ الكفيل بعد موت المحال عليه فلـه أن يرجع بدّينه على المحيل» اهـ.

لكن ابن عابدين في تعليقاته على البحر وفي حاشيته على الدر المختار (٤/٢٩٢) نقل نص عبارة الخلاصة ونبه على أنهـا ليس فيها ما نسبه إليها صاحب البحر من أن وجود الكفيـل لا يمنع التّوَى والرجوع على المحيل، وإنما فيها «ان المحال عليه إذامات مفلساً، وكان قد أعطى كفيلاً، فابرأ المحال الكفيل فإن له أن يرجع على المحيل» ثم نقل صاحب «الخلاصة» عن «الزيادات» أن وجود الكفيل يمنع التّوَى والرجوع علىالمحيل.

فيظهر أن صاحب «البحر» قد فهم أن مسألة إبراء الكفيل التي ذكرها صاحب «الخلاصة» تفيد وجود خلاف بين فقهاء المذهب في أن الكفيل يمنع التّوَى أولا يمنعه إذا مات المحال عليه مفلساً، وأن صاحب «الخلاصة» جرى على الرأي بعدمالمنع.

ولكن الذى يظهر من عـدم حكاية خلاف في سائر كتب المذهب، ومن تعليق ابن عابدين، أن ما فهمه في «البحر» من كلام «الخلاصة» غير صحيح، وأن مسألة إبراء المحالالكفيل هي مسألة أخرى، وسبب الرجوع فيها على المحيل هو – كما يقولابن عابدين – إبراء الكفيل: ذلك لأن للطالب إبراء الكفيل وحدهولايستتبع هذا براءة الاصيل، فبزوال الكفالة مع موت المحال عليه مفلساً يتحقق التّوَى، ويحق حينئذ للمحال الرجوع عـلىالمحيل.
=

هذا، وفي حالةالـكفالة ببعض الدَين يكون التّوَى بالنسبة إلى باقيـه لا غيـر[4].

٣١٢ – ولهـذا وذاك يقول في «البـزازيـة»: «أخذَ المحـال من المحال عليه بالمال كفيـلاً، ثم مات المحال عليه مفلساً، لا يعـود الدَين إلى ذمـة المحيـل – سواءٌ كَفَل بأمره أو بغيـر أمره، وسواءٌ أكانت الـكفالة حالّةً أو مؤجّلة، أو كَفَلَ حالاً ثم أجّله المـكفول له.

وإن لم يـكن به كفيـل، ولـكن تبرّع رجل ورهن به رهنـاً، ثم مات المحال عليه مفلساً، عاد الدَين إلى ذمة المحيـل. ولو كان المحال مسلّطا على بيـع الرهن فباعه، ولم يقبض الثمن حتّى مات المحـال عليـه مفلساً، بطلت الحـوالة، والثمن لصاحب الرهن»[5].

= هذا تحرير هـذه المسألة، وتوضيح كلام الأستاذ المحترم كاتب الموضوع، فليتأمل.

(خبير الموسوعة)

(٤) ابن عابدين على الدر ٤/٢٩٢.
(٥) البحـر ٦/٢٧٣.

اقـول:
هكذا أورد صاحب البحر وغيره نقلاً عن البزازية مسألـة الرهن هذه بعد مسألة الكفالة مبينين اختلاف الحكم بينهما حيث اعتبر وجود الكفيل مانعاً من تّوَى الدّين وعودته الى ذمةالمحيل ولم يعتبر الرهن كذلك. ونقله ابن عابدين أيضاً في «ردالمحتار» ولم يذكر أحد منهم الفرق الذي أوجب هذا التفريق في الحكم بين الكفالة والرهن. وهو تفريق فيالحكممشكل بحسب الظاهر، لأن الكفالة والرهن كلاهما توثيق لدّين المحال عليه، فكان ينبغي إذا مات مفلساً أن يمتنع التّوَى بوجود كل من الكفيـل والرهن على السواء. وقد وجدت بيان الفرق بينهما في شرح الزيلعي على الكنز حيث قال في تعليل المسألتين وبيان الفرق مـا نصـه:

«لأن عقد الرهن لم يبقَ بعد موت المحال عليه مفلساً، إذ لم يبقَ الدّين عليه، والرهن بدّين ولا دّين محال» (الزيلعي ٤/١٧٣) أى إن بقاء الرهن مستحيل إذا لم يبقَ الدين المرهون فيه، وهنا لا يبقى الدّين في ذمة المحال عليه بعد وفاته مفلساً فيسقط الرهن.
=

إثبات هذا السبب :

٣١٣ – إذا تصادق الطرفان ، المحال والمحيل على تحقق هذا السبب بقيدَيْه من الإفلاس وكونه قبل الأداء ، فذاك ، أما إذا اختلفا ، : فزعم المحال أن المحال عليه مات مفلساً ولم يؤدِّ ، وأنكر المحيل ذلك ، زاعماً أنه مات مفلساً ولكن بعد أن أدّي مال الحوالة ، أو زاعماً أنه مات قبل التأدية مليئاً غير مفلس ، فإن القول في هذا النزاع ، يكون قول المحال بيمينه في كلتا الحالين :

أما في الأُولى فباتفاق ، لأنه متمسِّك بالأصل ، وهو عدم الأداء ، وبقاءُ الدَّين كما كان .(ويحلف فيها على البَتّ لا على عدم العلم ، لأنه لا يجهل فعل نفسه ، من قبض وعدمه)(١) .

وأما في الحالة الثانية فعلى الراجح ، لأنه أيضاً متمسك بالأصل ، وهو العُسْرة وعدم الملاءة – كما لو كان المحال عليه نفسه حيّاً وادعي الفقر حيث يكون القول له بيمينه – ولكن يحلف الطالب ، أي المحال هنا ، في الحالة الثانية على نفي العلم أي على أنه لا يعلم أن المحال عليه ترك وفاءً (٢) .

٣١٤ – هذا ما عليه الأكثر ، وجاء في شرح الناصحي أن المصدَّق بيمينه في هذه الحالة الثانية هو المحيل ، لأن المحال يدعي عليه

= وقد علّق الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي في حواشيه على الزيلعي موضحاً الفرق المذكور بالتنبيه الى نقطتين يجب أنتلحظا في مسألة الرهن ، وهما :

١) – ان المسألة مفروضة في رهن قدّمه غير المحال عليه فلوكان المرهون ملك المحال عليه يبقى الرهن قائماً ويمتنع التوَى بموته مفلساً كما في مسألة الكفيل بلا فرق .

٢) – أن سقوط الدَّين بموت المحال عليه مفلساً ، ذلك السقوط الذي استتبع سقوط الرهن ،إنما هو بالنسبة للحكم القضائي في هذه الدنيا .

والشلبي إنما يشير بذلك الى أن هذه المسألة فرع عن القضية الخلافية المعروفة في الأصول العامة أن موت المديون مفلساً عن غير مال تنهدم به ذمته فيسقط الدّين منها في الدنيا في نظر القضاء ، وإنما تبقى مسؤوليته الأخروية أمام الله تعالى ، وذلك لأن بقاء ذمته مشغولة اعتباراً بعد الموت إنما فائدتهالتصفية بما ترك من مال ، فإن لم يترك شيئاً فلا فائدة في اعتبار بقائها مشغولة بدَينه لعدم إمكان المطالبة ، والذمة تبع لشخصه ،فتزول بموته .

وقد بنى الإمام أبو حنيفة على هذا الأساس عدم صحةالكفالة بالدّين بعد موت المدين مفلساً ، لانهدام الذمة حينئذ وسقوط الدّين ، فتكون الكفالة بمعدوم فلا تصح .

وقد ذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة الى صحة الكفالة بعد الموت استناداً الى دليل من السنة النبوية .

والمسألة مفصلة في كشف الأسرار للبخاري شرح أصول البزدوي في بحث (الأمور المعترضة على الأهلية) من باب الأهلية (ر : الكشف ٤/ ١٤٣٣) .

يتضح من ذلك ان مسألة الرهن والفرق بينه وبين الكفالة في منع التوَى وعدمه إنما هي جارية على رأي أبي حنيفة في سقوط الدّين بموت المدين مفلساً وعدم صحة الكفالة به عندئذ بعد الموت . والمقرر عند الحنفية أن رأي ابي حنيفة في هذه المسألة (أي عدم صحة الكفالة بدَين المفلس بعد موته) هو الراجح وعليه المتون في كتاب الكفالة . ولذا – فيما يبدو لى – جاءت مسألة الرهن (المتبرع به للمحال وهو غير مملوك للمحال عليه الذي مات مفلساً) مختلفة عن مسألة الكفالة بناء على قول أبي حنيفة بسقوط الدّين إذا مات المدين عن غير مال لهأو كفيل بكفالة سابقة في حياته . =

= ومقتضى هذا أن حكم المسألتين (الرهن والكفالة) واحد على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد ، وهو بقاء الحوالة في صورة الرهن كما في صورة الكفالة ، فكل من الرهن المتبرع به والكفالة يمنع التوى إذا مات المحال عليه مفلساً ، ولا يحق للمحال الرجوع على المحيل فيهما جميعاً ، إلا إذا مات الكفيل مفلساً أيضاً ، أو لم يفِ الرهن بكل الدين ، فيرجع على المحيل بمقدار ما تَوِيَ من الدّين .

ويبدو لى أن مصلحة التعامل واستقراره أكثر توافقاًوانسجاماً مع رأي الصاحبين والأئمة الثلاثة . فليتأمل .

(خبير الموسوعة)

(١) البحر ٦/ ٢٧٣ .

(٢) ابن عابدين على الدر المختار ٤/ ٢٩٢ .

عَود الدَّين إلى ذمته بسبب التَوَى وهو ينكره [1] لكن يحلف المحيل هنا على العلم ، أي على أنه يعلم أن المحال عليه قد ترك وفاءً [2] .

نعم تعلق هؤلاء المخالفون بقياس مذهبيٍّ ظاهر القوة : ذلك أنه في الوصية لفقراء بني فلان ، إذا جاء واحد منهم وادعى

---

(١) فتح القدير ٥/٤٤٩ وحواشي الشلبي على الزيلعي ٤/ ١٧٣ . ويرد على هذا الرأي أن زعم عود الدّين الى ذمة المحيل هو فرع عن سبب آخر يستند اليه هو ادعاء افلاس المتوفى ويجب أن يكون المصدّق في هذا هو المصدّق في ذلك ، وإلا تخلّف اللازم عن ملزومه ، وواضح أن الأصل عدم الملاءة لأن اكتساب المال عارض ، فيكون المصدّق هو المتمسك بهذا الأصل .

(٢) **أقول :**

هكذا فسر الأستاذ المحترم كاتب هذا الموضوع تحليف المحيل هنا على العلم (في رأي من يقول إن القول قوله بيمينه في هذه المسألة) بأن معناه « أن يحلف المحيل على أنه يعلم أن المحال عليه قد ترك وفاء » .

وتفسير التحليف على العلم هكذا هو خلاف المعهود المعروف من اصطلاح الفقهاء . فالمعهود من اصطلاحهم أنهم حيثما يقولون في مسألة : إن اليمين فيها تكون على العلم ، فمعناه : أن من تُوجّه عليه اليمين المذكورة يحلف على عدم علمه بكذا وكذا ، وليس على علمه به .

وإيضاح ذلك : أنه في ظل القاعدة القائلة : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » يكون تحليف الخصم المنكِر تارةً على البتّات ، أي الجزم ، وتارة على عدم العلم . فيحلف على البتات فيما هو من أفعاله وما في حكمها ، ويحلف على عدم علمه فيما هو من أفعال غيره (المجلة / ١٧٤٨) .

فمن ادعى عليه مدعٍ بمقتضى عقد كشراء شيءٍ من المدعي ، أو بمقتضى فعل كإتلاف شيءٍ له مثلاً ، فأنكر المدعَى عليه ، يأخذ القاضي بقوله في الانكار عند عدم البينة ، وللمدعِي طلب تحليفه يميناً على البتات أي على الجزم بأنه لم يشترِ منه أو ليس مديناً له بما يّدعي ، أو لم يتلف له الشيءُ المزعوم ، ولا يُقبل منه ان يحلف على أنه لا يعلم بأنه اشترى أو بأنه مدين له أو بأنه أتلف له كذا ، لأنه مسؤول عن الواقع فيما هو من فعله المتصل به سواء تذكّره أم نسيه .

أما لو ادعى انسان دّيناً على ميت بمواجهة وارثه وأنكر الوارث الدعوى ولا بينة للمدعي فإن الوارث إنما يحلف على أنه لا يعلم بأن مورّثه مدين لهذا المدعي بما يدعي ، ولا يحلف على البتات ، أي على أن مورثه غير مدين في الواقع ونفس الأمر ، لأن في ذلك احراجا له ، فهو معذور بعدم علمه بتصرفات مورّثه ، ولا يُزاحَم في تركة مورثه إلا في حدود ما تثبته البينات ، أو يعلمه هو .

فاليمين على المدعَى عليه المنكِر للدعوى هي دائماً يمين على النفي ، سواء أكان الحلف الواجب فيها على البتات أو على العلم ، =

= أي إنه يحلف على نفي ما يُدّعَى عليه أنه واقع ، أو على نفي علمه بوقوعه ، فهي دائماً بصيغة النفي لأنها دعم لموقف إنكار . وقد يختلف النظر الفقهي في تحديد من هو المنكر من المتخاصمين تَبَعاً للنظر الى ظاهر الخصومة أو الى الغاية منها ، فيختلف الرأي في أن القول لهذا أو لذاك بيمينه ، كما في مسألة الحوالة هنا حين اختلاف المحال والمحيل في أن المحال عليه مات عن مال أو مفلساً ، فقد رأينا فوق أن الأصح عند الحنفية كون القول للمحال بيمينه على العلم ، خلافاً لما جاء في شرح الناصحي من ان القول للمحيل بيمينه على العلم . لكن هذا لا يؤثر في صيغة اليمين أنها على النفي سواء أكان التحليف على البتات في نفي ما يزعم الخصم وقوعه ، أو على عدم العلم بوقوعه .

وقد جرت عادة الفقهاء للاختصار أن يقولوا : (يحلف هنا على العلم) وهم يريدون أنه يحلف على عدم علمه ، وهذا معروف من أسلوبهم ، وأمثلته الشواهد لاتحصى عدداً .

وفي مسألة الحوالة هذه نفسها (أي عند الاختلاف في كون المحال عليه مات مفلسا أو عن مال) قال في الدر المختار متناً وشرحاً ما نصه بالحرف : « فالقول للمحتال مع يمينه على العلم لتمسّكه بالأصل وهو العُسرة وقيل القول للمحيل بيمينه » ومثل ذلك في شرح الزيلعي « وفتح القدير » . وقد فسر ابن عابدين نقلاً عن الطحطاوى قول المتن : (مع يمينه على العلم) بقوله : « أي نفي العلم بان يحلف أنه لا يعلم يساره » .

وعند قول الزيلعي : « فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم » علق الشلبي على ذلك بقوله : « كذا في الشافي والمبسوط وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدّين » أي عوده الى ذمته بموت المحال عليه مفلساً .

وواضح بعد هذا البيان أن مرادهم من التحليف على العلم التحليف على نفيه ، سواء أكان الذي يحلف هو المحال — على الرأي الراجح — فيحلف أنه لا يعلم أن المحال عليه قد مات عن مال يفي بالحوالة ، أو كان الذي يحلف هو المحيل — على ما في شرح الناصحي — فيحلف أنه لا يعلم بأن المحال عليه قد مات مفلساً عن غير مال يفي بالحوالة .

لكن الأستاذ كاتب الموضوع حفظه الله فسّر التحليف على العلم تفسيراً مختلفا بين الرأي الراجح والرأي المرجوح : فذكر في عرض الرأي الراجح أن المحال يحلف على العلم بصيغة النفي (أي على انه لا يعلم ...) وفي عرض الرأي المرجوح ذكر أن المحيل هو الذي يحلف على العلم لكن بصيغة الإثبات (أي انه يعلم ...)

ولم أجد في شيءٍ من المراجع التي لدينا سنداً للأستاذ الكاتب حفظه الله في هذا التفريق في تفسير التحليف على العلم بين الرأيين =

الفقـــر ، فـكذّبه الورثـــة ، لا يـكون القـــول قوله ، بل قـــول الورثـــة ، رغـم تمسُّكه بأصـــل العُسْرَة . والأولون (القـــائلون بأن القـــول للمحـــال أجابوا بأن هـــذا الذي يطـــالب بالوصية مُـدَّعٍ لا مُنكِر ، لأنـــه لا يـــدفـــع عن نفسه شيئاً بدعوى الفقـــر وإنما يريد الاستحقاق من الوصيـــة . أمـــا المحال في مسألتنا فقد انضم إلى تمســـكه بالأصل أنه منـــكر معنى لا مُدَّعٍ ، لأن المحيـــل بادعائـــه أن المحـــال عليه مات عن مال كافٍ للوفاء إنما يـــدعي توجـــه المطالبـــة على ورثـــة المحال عليـــه تخليصاً لنفسه ، وبذلك يكون مُدَّعياً على الطالب المحال بمـــا يـــوجب توجيـــه حقـــه في المطالبـــة إلى أولئك الورثـــة وهـــذا ينـــكر ، لأن المطالبة مطالبته[1] .

= فليس الاختلاف بينهما في صيغة الحلف ، بل فيمن يكـــون القول له مع يمينه على العلم : هل هو المحال ، أو هو المحيل ؟ أما صيغة اليمين ، فكل منهما يقول : إنها توجه هنا على العلم ، لا على البتات ، وذلك بمقتضى القاعدة ، لأن مضمون اليمـــين ليس من فعل الحالف وما يتصل به ، بل هو من شئون غـــيره التي لا يكون الحالف مسئولاً فيها إلا في حدود علمه أو فيمـــا تثبته البينة . ولا معنى للتحليف على العلـــم في لسان الفقهاء ، والحنفية منهم خاصة ، إلا التحليـــف بصيغة النفي ، أي : إن الحالف لا يعلم كذا . . . كما فسرها ابن عابدين رحمه الله في صدد عرض القول الراجح فيمن يؤخذ بقوله مع يمينه على العلم في هذه المسألة .

ويجب أن يُلحظ في هذا المقام أنه لو صح تفسير اليمين على العلم في القول المرجوح بأن يحلف المحيل على « أنه يعلم أن المحال عليه المتوفَّى قد ترك أموالاً تفي بالحوالة » — كما فهمه الأستاذ الكاتب من قولهم « يحلف على العلم » — لو صح هذا التفسير لم تكن هذه اليمين عندئذ يميناً على العلم بل تصبح يميناً على البتات والجزم ، لأن معنى اليمين على العلم عندهم هو مـــا يقابل اليمين على البتات ، وهذا لا يختلف فيه اثنان . ولا يخـــفى أن معنى البتات هو الجزم سواء أكان المحلوف عليه علمـــاً أو حادثاً آخر أيّ حادث كان . فاليمين على أنه يعلم كذا هـــي يمين على البتات في اصطلاحهم بلا شك ، وهذا يخالف قولهـــم في عرض القـــول المرجـــوح ان المحـــيل يحلف على العلم . فليتأمل .

(خبير الموسوعة)

٣١٥ - إذا ثبـــت عند القاضي أن المحال عليـــه مات مفلساً ، فقضَى - بنـــاءً على ذلك - ببطـــلان

(١) البحر ٢٧٣/٦ ولكن لا يخفى ضعف هذا الجواب لأن المطالب بالوصية أيضا منكر معنى ، اذهو ينكر قيام المانع من الاستحقاق به.

اقـــول :

من المقرر فقهاً في أصول الحنفية والقواعد العامة « أن الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق » . كما في قواعد الامام الكرخي وشرحها للنسفي (ص ٨٠). ومعنى الظاهر عندهم في هذا المقام هو ظاهر الحال الذي لم يثبت بدليل قضائي ملزم كالبينة والإقرار ، وانما هو استمرار لحالة أصلية أو لأمارة قائمة كوجود المال في يد أحد المتنازعَين فيه . ومن صور الظاهر القاعدة القائلـــة : « الأصل في الأمور العارضة العدم » ، وجميع الحالات المعروفة في الفقه باسم : « الاستصحاب » (ر: المواد / ٥-١١ من المجلة وشروحها) . وأبرز تطبيقـــات ذلك قضية المفقود المشهورة : فاستصحاب حياة المفقود بحسب الظاهر يكفي حجة لمنع تقسيم أمواله إرثاً ، ولكنه لا يكفي لأن يرث هو من غيره مالم تثبت حياته حين وفاة مورثه .

فانطلاقاً من هذا المبدأ يمكن أن نلمس الفرق بين مسألة الوصية لفقراء بني فلان حيث لا يقبل قول من يدعي الفقر منهم — إذا كذبه ورثة الموصي — إلا ببينة ، وبين مسألتنا إذا أراد المحـــال الرجوع على المحيل بحجة أن المحال عليه قد مات مفلساً حيث يُقبل قول المحال بيمينه على عدم العِلم كما سبق بيانه من قريب.

ففي مسألة الوصية ليس المدعي في موقف دَفْع عن نفسه بل هو يدعي نشوء استحقاق مبتدأ له مشروط بشرط الفقـــر. فعند النزاع في تحقق هذا الشرط لا يكفي ظاهر الحال ، بل لا بد من ثبوت وجود الشرط لينشأ الاستحقاق المشروط .

أما في مسألة الحوالة ، فان المحال دائن ثابت الديّن ، وكل من المحيل والمحال عليه مسؤول تجاهه بالوفاء ، لكن أحدهما مســـؤول حالاً ، والآخر مسؤول مآلاً عند التوَى ، فإذا زعم تحقق التوى بموت المحال عليه فقيراً مفلساً ، وزعم خصمه موت ذاك عن مال فإن المدافع الحقيقي عن نفسه في هذه الحال هـــو المحال ، لأن حقه ثابت بيقين قبلاً ولا يريد نشوءه ابتداء الآن استناداً الى الظاهر بحجة أن الفقر هو الحالة الأصلية ، وإنما يريد بهذا التمسك أن يدفع عن حقه السقوط ، والظاهر يكفي حجة للدفع فقط. ذلك لأن نشوء الحق وسقوطه يحتاجان الى سبب ثابت بتمام شرائطه ، بخلاف الدفع ففيه معنى الاستبقاء مبدئياً لحـــق ظاهر تشهد له دلالة الأصل . ثم وجدت في عبارة البحـــر إشارة الى هذا المعنى حيث قال : « لأن الفقير — في مسألة الوصية للفقراء — مدع ، وليس بدافع شيئاً عن نفسه » . فليتأمل .

(خبير الموسوعة)

الحوالة ، وعَود الدَّين على المحيل ، ثم ظهر ما يقتضي نقض هذا القضاء ، كما لو ظهر للميت مال لم يكن يعلمه القاضي ، كوديعة عند آخر ، أو دين على مليء باذل ، أو دفين نُبش عنه ، فعلى القاضي أن ينقض قضاءه ، ثم يكون على المحال أن يرجع بدَينه في المال الذي ظهر ، وأن يردَّ على المحيل ما كان أخذه منه ، إن كان[1] .

تنبيه :

٣١٦ ـ غيبة المحال عليه ـ إذا صارت غيبة منقطعة ، بحيث لا يُدرَىٰ عنه شيء ـ لا يستحق بها المحال الرجوع على المحيل ، ما لم يثبت عند القاضي موته مفلساً[2] .

(ثانيا)

جحد المحال عليه الحوالة ، ولا بينة [3]

٣١٧ ـ إذا جحد المحال عليه الحوالة ، ولا بينة عليها ، فقد تحقق التَوَي بهذا السبب . فلا يمكن أن يقبل هذا الجحد مع وجود بينة على الحوالة ، سواءٌ أقامها المحال أم المحيل . فإذا لم تكن لأحدهما بينة على الحوالة يحلف المحال عليه اليمين : أن لا حوالة عليه ، وفقاً للقاعدة القائلة : « البيِّنة على المدعي واليمين على من أنكر ».

فإذا قبل من المحال عليه جحده هذا وقضي بمنع المحال عنه فقد تحقق عجز المحال عن الوصول إلى الحق ، أي أنه تَوِيَ [4] .

٣١٨ ـ ثم إذا أراد المحال الرجوع على المحيل بحجة التوي بسبب هذا الجحد لا يثبت الجحد بمجرد دعوى المحال لأجل الرجوع على المحيل ، كما هو واضح ، بل لا بد من ثبوت الجحد بالبينة . على أن هذه البينة لا يمكن القضاءُ بمقتضاها إلا بحضور المحال عليه ، إذ لا يمكن القضاءُ على غائب ، لكن المحال يُكْفَى مؤونة هذا القضاء إذا صدقه المحيل في دعوى الجحد ، فيستحق الرجوع عليه حينئذ ، ولو لم تكن له بينة[5] .

(ثالثا)

تفليس القاضي المحال عليه

٣١٩ ـ ومعناه أن يحكم القاضي بإفلاسه بعد أن يظهر له حاله . والإفلاس : مأخوذ من قولهم : أفلس الرجل إذا صار ذا فَلْس ، بعد أن كان ذا درهم ودينار ، أو إذا صار إلى حالٍ ليس له فلوس ، كما يقال أقهر : إذا صار إلى حالٍ يُقهر عليه » كما في « المصباح » . فهو في الأصل كناية عن الفقر ، ثم اشتهر عرفا في فقر خاص هو فقر المدين الذي لا يفي ماله بدينه .

وليس حتماً أن يكون ظهور الحال الذي يبني عليه القاضي حكمه بالإفلاس عن شهادة شهود ـ وإن كان هذا احتياطاً حسناً ـ فإنها شهادة نَفْي ليست بحجة [6] ، بل يكفيه اجتهاد الرأي . وفي موضوعنا هذا لا يكون التفليس إلا بعد الحبس[7] .

٣٢٠ ـ وهذا السبب صحيح من وجهة نظر الصاحبَيْن ، أما عند الإمام أبي حنيفة فلا[8] . إذ

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٢٩٧ .
(٢) الفتاوى الهندية أيضا .
(٣) انظر ما أسلفناه في الفقرة / ١٤٢ لمعرفة رأى غير الحنفية .
(٤) الزيلعي على الكنز ٤/ ١٧٢ .
(٥) البحر ٦/ ٢٧٢
(٦) ابن عابدين على الدر ٤/ ٣١٩
(٧) ابن عابدين على الدر ٤/ ٣١٦ و ٣٢٠
(٨) أخذ مرشد الحيران برأي الإمام في المادة / ٨٩٨

القاضي لا يستطيع عنده أن يقضي بإفلاس أحد حال حياته ، لأن المال غادٍ ورائح ، ربما في أقل من عَشيّةٍ وضُحاها ، فقد يمسي الإنسان فقيرًا ويصبح غنياً ، وقد يمسي غنياً ويصبح فقيرًا ، بل في مجلس القضاء نفسه قد تتبدل الحال غير الحال . فكيف يحكم بإفلاسه وربما يكون في لحظة الحكم قد آلت إليه ثروة ، أو ما فيه بَلاغ بحاجات حياته بطريق ما ، كوراثة قريب . نظيره جرح الشهود لا تقبل البينة عليه ، لأنه لا يتحقق لسبب ثابت ، لاحتمال توبتهم في المجلس[1] .

٣٢١ ـ والذي حدا بالصاحبَيْن إلى إثبات هذا السبب هو القياس على السببين السالفَيْن : الموت والجحود ـ بجامعٍ بينهما ، هو العجزُ عن الوصول إلى الحق ، وانقطاعُ المطالبة ، وامتناعُ الملازمة ، ومن أجل هذا الشق الأخير من التعليل ، كان لا بد من حكم القاضي بإفلاس المفلس الذي ما يزال على قيد الحياة[2] .

ولكن الإمام يرى أن قياس موضع النزاع هذا على ما سبق من أسبابٍ هو قياسٌ مع الفارق ، لأن الدّين ، في موضع النزاع ، ما زال ثابتاً في ذِمّة المحال عليه المفلس ، وأن العجز عن الوصول إلى الحق من طريقِهِ ليست له صفة الدوام ، إذ لا يُستبعد ارتفاعه بحدوث مال له في أية لحظة ، ولا كذلك المقيس عليه في موضَعَيْه (حالة موته مفلساً ، وجحوده) بل الأحرَىٰ ـ إن كان لا بد من القياس ـ أن يُقَاس موضع النزاع على غَيبة المحال عليه : ولا جدال أنه لا يتحقق بهذه الغيبة تَوَىً[3] .

٣٢٢ ـ ومن فروع هذا الأَصل المتنازَع فيه ، وهو إمكان تحقُّق التَوَى بالتفليس ، ما إذا مات المحال عليه ، ولم يترك إلا دَيناً على مفلِس : فعند الإمام :

(١) الزيلعي على البحر ١٧٣/٤

(٢) وهو مذهب عملي ، كما ترى ، تدعو إليه حاجة التعامل بين الناس .

(٣) الزيلعي على الكنز ١٧٣/٤

ورغم قوة رأي الصاحبين من وجهة المصلحة العملية أخذ جمهور فقهاء المذهب بقول الإمام ، وجعلوه هو الصحيح هنا (ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٣/٤)

هذا ، ومن المفارقات التي تلفت النظر ، وتشير بوضوح إلى دقة نظر فقهائنا ، ومبلغ احتفالهم بصلاح المجتمع الإنساني ، وسلامة معاملاته ، أنا نجد الاتجاه السائد في القانون الوضعي اليوم يكاد يكون تطبيقاً لطريقة الإمام ، على ما فيها .

وتأمل قول علماء القانون : « لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه ، وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمكن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام ، فإن هذه الاستحالة الموقّتة ليس من شأنها أن تنهي الالتزام ، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ » (الوسيط للسنهوري ٩٨٤/٣) .

على حين نجد فقهاءنا يتوسعون استحساناً ، ورعاية لمصالح الناس ، فيُلحقون التفليس فيما يشبه الحوالة الضمنية بالتفليس في الحوالة الحقيقية ، ويجعلون فيه حق الرجوع لعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه . ومن أمثلة ذلك : السمسار ينقد الثمن صاحب السلعة ، ثم يعجز عن استيفائه من المشتري ـ فإنه يرجع على صاحب السلعة اعتباراً بالحوالة ، ونصّ عبارتهم في ذلك :

« دفع السمسار دراهم نفسه إلى الرستاقيّ (اي القروي) في ثمن دبس (عصارة العنب أو الرطب) أو قطن أو حنطة ، ليأخذ ذلك من المشتري ، فعجز السمسار عن أخذها من المشتري لإفلاسه ، يستردها من الآخذ استحساناً . . . كما لو أحال البائع على المشتري نصّاً » أي إحالة صريحة (الفتاوى الهندية ٣٠٥/٣)

وليس يخفى أن التَوَى في الدين لايتصور حقيقة ، وإنما يتصور حكماً وتقديراً ، فيكفي هذا القدر من العجز لتصوره ، وليس حتماً أن نقصره على خروج المحل عن الصلاحية للوجوب فيه ، بالموت مُعْدِماً أو بالجحود .

فموقف فقهاء المذهب في مسألة السمسار هنا من رعاية المصلحة كان يقتضي منهم ترجيح قول الصاحبين في إمكان الحكم بالتَوَى لإفلاس المحال عليه ولو حيّاً ، لأن مصلحة التعامل تقتضيه .

لا تَوَى في هـذه الحـالة ، وعند الصاحبين : بـل يحصل التَوَى بتفليس القاضي لهذا المدين [١] .

(رابعا)

تلف الامانة التى قيدت بها الحوالة او ضياعها [٢]

٣٢٣ ـ إذا أصاب الوديعة مثلاً تلف أو ضياع ولو بمجـرد دعوى الوديـع ـ كما لو ادعي ضياع الدنانيـر المودَعة عنده ـ تكون النتيجـة انفساخ الحـوالة التي قيـدت بهـا ، وبراءة المحال عليـه من المطالبـة بمقتضاها ، وإذن يعود الدَين إلى ذمة المحيـل كما كان باديءَ ذي بَدْءٍ ، ذلك أن المحال عليـه لم يلتـزم التسليم مطلقاً ، بل مقيدًا بشيءٍ معين ، وقد ذهـب ذلك الشيءُ المعيَّن ، فلم تبقَ عليه مطالبـة بشيءٍ ما .

بخلاف العين المضمونة ـ كالمغصـوب ـ فإن الحـوالة المقيَّـدَة بها لا تنفسـخ بفوَاتِهَا ، لأنهـا تفوت ـ إن فاتت ـ إلى خَلَف ، من مِثْلٍ أو قيمة ، فتتعلـق الحـوالة بهـذا الخَلَف ، فإن فاتت لا إلى خَلَف ـ بأن ظهـرت مستحَقَّةً ـ بطلت الحوالة من أصلها كما سبق إيضـاحه (ر : ف/٢٨١) [٣] .

الشـعبة الثالثـة

آثـار التـوى

٣٢٤ ـ متى تحقق التـوى في دَيْن الحوالة وثبت بأحد أسبابـه المتقدمة ترتّب عليـه اثران :

(أولا) ـ انتهـاءُ الحوالة ، فتنتهـي بانتهائها أحـكامها .

(ثانيـا) ـ رجوع المحال على المحيـل بدَينه : لأن براءة المحيـل من هذا الدين كانت مشـروطة بسلامة عاقبة الحوالة ، أي باسـتيفاء الحـق من المحـل الثـاني ، فلمـا انتفت الشـريطة انتفَى المشـروط ، وعاد الدَين إلى ذمـة المحيـل كمـا كان . وإذن تتـوجـه عليـه للمحال جميـع حقوق الدائنين تجـاه مدينهـم ، كالمطالبـة والمقاضاة [٤] .

نعـم لا رجـوع على المحـال عليـه إذا هـو أحـال الطالب على المحيل نفســه ، فتَوِيَ المـال عنـده ـ وإن كان يَصـدُق عليـه (أي عـلى المحـال عليـه) حينئذ أنـه محيـل تَوِيَ مـال حـوالتـه [٥] .

وفي عقـد الحـوالة إذا اشترطت براءة الأصيل صراحـة ـ رغـم أن مقتضاهـا هـذه البـراءة دون شرط ـ هل يرجـع المحال على المحيـل في حالة التَوَى ؟ إن مقتضى كونهـا حوالة أن تثبـت أحكام الحـوالة ، ومن جملتها الرجـوع على المحيل بسبب التَوَى ، ومقتضى شرط البـراءة صراحـة عـدم هذا الرجـوع ، لـكنهم نصوا على ثبوت حق الرجـوع بالتَوَى في هـذه الحـالة [٦] .

وهم يختلفون في كيفيـــة عـود الدَين إلى ذمة المحيـل حينئذ :

١) ـ فمــن قائـل إن ذلك يـكون عن طريق

---

(١) ابن عابدين على الدر ٢٩٢/٤

(٢) انظر الفقرة/ ٦٢ لتعلم عدم تصور ذلك عند غير الحنفية

(٣) الزيلعي على الكنز ١٧٢/٤ والبحر ٢٧٤/٦

(٤) فتح القدير على الهداية ٤٨٨/٥

(٥) البحـر ٢٦٩/٦

(٦) المبسوط للسرخسي ٤٦/٢٠ ، فكأنهم حملوها على البراءة المؤقتة مع أن هذه قد لا تكون مقصود الدائن ، وقد نص في الخانية على أنه لا رجوع هنا بعد الأداء (الخانية بهامش الفتاوى الهندية ٧٥/٣) يعني لا رجوع للمحال عليه على المدين إلا أن كلامه في الحوالة المعقودة بين الدائن والمحال عليه دون إذن المدين .

الفسـخ : أي إن المحال هـو الذي يفسـخ الحوالة متى تحقق سبـب من أسبـاب التَوَى ، ومن ثَمَّ يعـاد الدَين على المحيـل ، كالمشتـري إذا وجد بالمبيـع عيبـاً ، لفـوات وصف السـلامة المشروط عُرْفـاً في الموضعيـن .

٢)ـ ومن قـائل : بل عن طـريق الانفسـاخ التلقـائي : دون حـاجـة إلى تـدخـل المحـال ، نظيـر البيـع إذا هلك المبيـع قبـل قبضـه ، فإنه ينفسـخ دون تدخـل من أحـد ، لفـوات وصف السـلامة ، ويعـود حـق المشتـري في الثمـن ، فـكذلك هنا ـ بنفس العلة ـ تنفسـخ الحـوالة تلقائيـا عند التوى ، ويعـود الدَين إلى ذمة المحيل .

٣)ـ ومن قائـل : إن كان السبب هو الجحـود فالطـريق هـو الفسـخ ، وإن كان هـو الموت عن إفلاس فالطريق هو الانفساخ [١] .

ولا يخفـى ما يتـرتب على هـذا الاختـلاف من آثار عمليـة .

(١) فتح القدير على الهداية ٤٤٨/٥

خاتمة
في السفتجة

٣٢٥ ـ السُفتَجة (بفتح السين والتاء ، أو بضمهما ، أو ضم السين وفتح التاء) . وعُزي الثاني الى سيبويه ، والثالث الى الأخفش ، وهو أشهرها وعليه اقتصر كثيرون كالكمال بن الهمام ، وهي كلمة فارسية معرّبة ، أصلها : (سفته) ، بمعنى : الشيء المحكم . ويراد بها في التعامل المالى : رُقعة أو صَكٌّ يكتبه الإنسان لمن دَفع إليه مبلغاً من المال على سبيل التمليك والضمان ، لكي يقبض بديلاً عنه في بلد آخر معيَّن . والقصد الأساسي منها تفادي خطر الطريق إذا نقل المال عيناً ، ففي هذا الأسلوب مصلحة مشتركة للطرفين ، فينتقل المال بين الذِمم ويقبض في مكان وجوده بدلاً من السفر به جلباً وإرسالاً .

مثال ذلك : أن يكون للرجل مال في بلد وهو يريد أن يذهب به الى بلد آخر معيَّن ، لكنه يخاف عليه أخطار الطريق ، فيدفعه الى تاجر مثلاً أو رجل له بذلك البلد المعيَّن مال أو دَين على رجل آخر ، ويكتب القابضُ رقعة يخاطب بها نائبه أو مدينه في ذلك البلد المعيَّن ليعطي هناك الى الدافع نظيرَ مادفعه إليه ، وبذلك يحصل كل منهما على المال المطلوب في المكان المقصود دون نقل ومخاطرة . ومِن ثَمَّ سُمِّيت : « سُفتَجة » لإحكام أمرها في اجتناب خطر الطريق وخطر التلف ، لأن الراغب في نقل المال لو أعطاه من ينقله على سبيل الأمانة فتلف لتلف على رب المال بخلاف القرض فإنه يتلف على المقترض .

٣٢٦ ـ وقد اختلف فيها النظر الفقهي من القديم في ناحيتين : في ماهيتها ، وفي حكمها بين الأحكام الخمسة في الشريعة :

أ) ـ فمن حيث ماهيتُها يعتبرها معظم الفقهاء من قَبيل القرض يقدمه الدافع الى القابض ليوفيه إياه في البلد الآخر . وعلى هذا الأساس تأتي معظم الصور التي يمثل بها فقهاءُ المذاهب للسُفتجة حين كلامهم عنها وتعريفهم إياها ، كما سنرى . وبعضهم يصرِّح بأنها من قبيل الحوالة لاشتمالها على معناها . ومِنْ ثَم يوردها بعضهم في باب القرض ، وبعضهم في كتاب الحوالة .

ب) ـ ومن حيث حكمُها اختلف فقهاءُ المذاهب في كراهتها وإباحتها ، ومعظمهم يميلون الى كراهتها من حيث إنها قرض جَرَّ نفعاً للمقرِض ، هو سقوط خطر الطريق ، فدخل في شبهة الربا كما سنرى تفصيله ومناقشته .

٣٢٧ ـ والأمثلة التي يمثل بها فقهاءُ المذاهب للسُفتجة لا تعدو الصور الخمس التالية :

١) ـ أن يُقرض إنسان انساناً آخر قرضاً ليوفيه المقترِض الى ثالث في بلد آخر . وهذه الصورة ذكرها الكمال بن الهمام في آخر الحوالة ، وصاحب العناية من الحنفية ، وابن عابدين أيضاً في « رد المحتار » . وفي هذه الصورة يكون المقترض القابض للمال عازماً على السفر بنفسه الى بلد الأداء .

٢) ـ أن يُقرضه ببلد ليدفعه المقترِض نفسه الى المقرض نفسه في بلد آخر يريده . وهذه الصورة

حكاها ابن عابدين أيضاً على أنها تفسيرٌ آخر للسُفتجة نقلاً عن الكفاية وذكرها صاحب العناية أيضاً . وظاهر من هذا المثال أنهما عازمان على السفر ، الى البلد الثاني ، والمقترِض يحتاج الى المال قبل سفره .

٣) ـ أن يقرضه في بلد ليقوم المقترِض بتكليف من يدفعه الى المقرِض نفسه في البلد الآخـــر .

وفي هذه الصورة يكون المقرض هو العازم على السفر . وبهذه الصورة فسر صاحب القاموس معنى السُفتجة لغةً ، كما أن الكمال في «الفتح» فسّر بها السفتجة المشروطة نقلاً عن «الواقعات» .

٤) ـ أن يُقرِضَه في بلدٍ على أن يكتب المقترض الى ثالث في البلد الآخر ليوفيه الى نائب المقرض في ذلك البلـد .

وهذا حينما يكون كلٌّ مـن المقرِض والمقترض ماكِثَين غيرَ مسافرَيْنِ الى بلد الأداء .

٥) ـ أن يكون لإنسان مالٌ في بلدة غير البلدة التي هو فيها ، فيأمر وكيله هناك أن يقرض إنساناً مبلغاً من المال لكي يوفِّيَه الى الآمِر في البلدة التي يقيم فيهـا الآمر نفسه .

وهذه الصورة هي المستفادة من تعريف صاحب المصباح ، فقد عرف السُفتجة بأنها كتاب صاحب المال لو كيله بأن يدفع مالاً قرضاً يأمن به خطر الطريق .

وهذه الصورة تختلف عن الأربع السابقة بأن الإقراض يكون في غير بلد المقترِض ، والوفاء في بلده ، كما هو واضح ، وهي في الحقيقة راجعة الى الصورة الأولى ، وذكرها صاحب «الواقعات» أيضاً .

٣٢٨ ـ كل هذه الصور يشملها لفظ السُفتجة في لسان الفقهاء ، وكل منهم يفسرها ببعضٍ منها .

ويتضح للناظر في هذه الصور الخمس أن بعضها قرض محض ليس فيه صلة بالحوالة ، وهي التي ينحصر فيها القرض والوفاءُ بين المقرِض والمقترِض ، أو نائب عن أحدهما . لأن الحوالة لابد فيها من طرف ثالث كما هو واضح . أما الصورة التي فيها مقرضٌ ومقترضٌ في بلد ، ومدينٌ للمقترض في بلد آخر يكالفه المقترض بالأداء الى المقرض هناك ، فهي صورة تتوافر فيها عناصر الحوالة . فإذا صحب عملية القرض إحالة على ذلك المدين ، ولو كانت هذه الإحالة غير صريحة ، بل مستفادة من قرائن الحال أو العرف والعادة ، فإن السُفتجة فيها تكون حوالة مستندة الى القرض الذي بنيت عليه ووقـع فعلاً بالدفع الى كاتبها قبل كتابتها ، ويكون المقرضُ فيها مُحالاً ، والمقترِض مُحيلاً ، ومدينُه الذي سيوفي في البلد الآخر محالاً عليـــه .

فعلى مذهب غير الحنفية ممن لا يشترطون رضا المحال عليه ـ بعد أن يكون مدينا للمحيل ـ تنعقد هذه السُفتجة حوالة نافذة على ذلك المدين في البلد الآخر ، وتأخذ سائر أحكام الحوالة المفصّلة في محلاتها من هذا الموضوع .

وعلى مذهب الحنفية : لابُدّ فيها من قبول المحال عليه . وبما أنها مكتوبة في كتاب موجه الى ذلك المحال عليه ، فإنما تنفذ بعد عرضها عليه وقبوله إياها ، فإذا قبلها لزمته[1] ، وحينئذ تأخذ سائر أحكام الحوالة المبيّنة في محلاتها من هذا الموضوع . ويوافق الحنفيةَ في اشتراط قبول المحال عليه جمهورُ الإمامية والإباضية ، وبعض آراءٍ في المذاهب الأُخري كما سبق بيانه في موضعــه من بحوث الحـوالة (ر : ف/٨٤) .

بهذا الإيضاح يتجلى لنا سبب اختلاف الأنظار

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للحمزاوي ١٤٤ .

الفقهية في أن السُفتجة قرض محض كما يراها معظمهم ويوردونها في باب القرض ، نظراً الى معظم صورها وأمثلتها التي يفسرونها بها ؛ أو هي حوالة كما يذهب إليه بعضهم ، نظراً لاحتمال بعض صورها وأمثلتها هذا المعنى ، ويوردونها في كتاب الحوالة[1] ، كما يتبين أن للسُفتجة تعريفات متعددة ومختلفة بين الفقهاء كل منها ينظر الى بعض صورها دون بعض . فلهذه الاحتمالات في الصور القديمة للسُفتجة في تفسير الفقهاء ونصوصهم ، لم ندخلها في صلب موضوع الحوالة ، لأن كثيراً من الصور التي يشملها اسم السُفتجة عندهم هي قرض محض لا حوالة فيه ، ورأينا من الأفضل ان نفرد للكلام عليها هذه الخاتمة خاصةً في نهاية موضوع الحوالة ، ننقل فيها كلام الفقهاء ، سواءٌ أكانوا يناقشونها من حيث كونُها قرضاً جَرَّ نفعاً محظوراً أو غير محظور ، أو من حيث كونُها حوالة في الصور المحتمِلَة لذلك ، استكمالاً للبحوث ذات الصلة بالحوالة ، وابتعاداً عن أن نُدخل في صلب موضوعها ماليس من صميمه فيشتبه على القارئ .

٣٢٩ ـ بعد ما تقدم بيانه يمكننا تعريف السُفتجة تعريفاً مستنبَطاً من جميع صورها الخمس الآنفة الذكر التي يذكرها فقهاءُ المذاهب وينطبق عليها جميعاً ، سواءٌ منها ماهو قرض محض مشروط الأداء في بلد آخر ، أو يوجد فيها معنى الحوالة ، أو تحتمله ، وذلك بالتعريف التالى : «السُفتجة معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلد ليوفيَه المقترض أو نائبه أو مدينه الى المقرِض نفسه أو نائبه أو دائنه في بلد آخر معين » .

هذا ، والمعتاد في السَفاتج أن يُكتب بها كتاب من المقترض الى من سيدفع المقابل في البلد الآخر ، كما سلفت الإشارة إليه . ولما كانت السَفاتج عظيمة النفع واسعة الرواج توسعوا في التشبيه بها فإذا أرادوا وصف رجل بأن رسائله نافعة رائجة ، قالوا : « كُتُبُه سَفاتج » . ثم كثر استعمالها المجازي حتى قيل للوجه الطريّ : سُفتجة . هكذا حكاه في شرح غريب المهذب عن المطرِّزي في شرح مقامات الحريري[2] .

ويبدو أنه لكثرة شيوع السَفاتج في الاستعمال ، وتعاظم شأنها وتعويل الناس عليها لحاجتهم اليها في المعاملات التجارية وغير التجارية نشأت فيها طرائق وأساليب عرفية استغني فيها عن كتابة رقاع او صكوك مستنَدية أصولية ، حتى صارت لا تتوقف على كتابة ما ، بل يكتفي فيها بأية أمارة أو علامة يحملها المقرِض ويُطلِع عليها المكلَّف بالدفع في البلد الآخر[3] .

---

(١) قال الكمال في فتح القدير آخر الحوالة : « وإنما أورد القدوري هذه المسألة هنا ، لأنها معاملة في الديون ، كالكفالة والحوالة » .
ويبدو من عبارة الكمال هذه أنه لا يعتبر السفتجة حوالة بالمصطلح الشرعي . لكن ابن الفصيح في نظم الكنز صرح بأنها حوالة على التحقيق ، وأقره شارحه المقدسي ، نقل ذلك ابن عابدين عنهما في رد المحتار وأقره دون تعقيب . (رد المحتار ٤ / ٢٩٥ وفتح القدير ٥ / ٤٥٢ ومجمع الأنهر ٢ / ١٤٢) .

(٢) المهذّب للشيرازى مع شرح غريبه للركبي ١ / ٣١١ .
فهى إذن نوع من (الكمبيالة) المعروفة الآن في لغة التجارة والقانون التجارى في عرف بعض البلاد العربية ، فسوف نرى في الملحق الثانى أن للكمبيالة في أنواع السندات المالية معانى مختلفة في العرف التجارى بين البلاد العربية .

(٣) ولا سيما اليوم بين البلاد ذات النظام النقدى المقيد الذى يمنع فيه ادخال النقود وخروجها إلا بمقادير محدودة وتحت رقابة حكومية حيث يكثر تهريب النقود منها وإليها بطريق السفاتج التى تعتمد فيها اشارات ورموز بين الآمر والمأمور بالأداء لحامل الإشارة .
وفي العصر الحاضر يسرت الوسائل العلمية المبتكرة الاتصال =

اختلاف الفقهاء في السفتجة وأدلتهم :

٣٣٠ - أطلق صاحب الهداية من الحنفية القول بكراهة السُفتجة ، سواءٌ أكانت المنفعةُ المقصودة منها (أي الوفاءُ في بلد آخر لتفادي خطر الطريق) مشروطةً في العقد أم غير مشروطة ، استدلالا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « كلُّ قرضٍ جَرَّ نفعاً فهو رِباً » أخرجه الحارث بن أبي أسامة من حديث علي يرفعه . وقد أقر شارح الهداية أكمل الدين هذا الاطلاق في كراهة السُفتجة ، الا أنه حكي قولاً يقصر الكراهة على حالة الاشتراط خاصة ، وفيما عدا هذه الحالة لايكون بالسُفتجة بأْس[١] .

ولو صح هذا الحديث وهو خبر آحاد لاقتضى في قواعدهم الكراهة التحريمية ، الا أنها مقيدة بحالة الاشتراط في صلب العقد[٢] أو بمقتضى العُرف ، لأن التبرع بالمنفعة إحسان محمود . وفي الحديث : « إن خيركم أحسنُكم قضاءً »[٣] . وهذا هو الذي جرى عليه الكمال بن الهمام نقلاً عن الفتاوى الصغري وغيرها ، فقد جاء في كلامه ما نصه :

« إن كان السَفتج مشروطاً في القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد . وإن لم يكن مشروطاً جاز . وصورة الشرط ما في الواقعات : رجل أقرض رجلاً مالاً ، على أن يكتب له به الى بلد كذا ، فإنه لايجوز ، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز . وكذا لو قال : اكتب لى سفتجة الى موضع كذا ، على أن أعطيك هنا ، فلا خير فيه ... قالوا : إنما يحل ذلك عند عدم الشرط ، إذا لم يكن فيه عُرف ظاهر ، فإن كان يعرف أن ذلك يُفعل لذلك فلا يحل .

والذي يحكي عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه ، فلا أصل له ، لأن ذلك لايكون انتفاعاً بملك الغريم ، كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً »[٤]

لكن الحديث غير ثابت[٥] : ففي إسناده سوار ابن مصعب - قال عبد الحق وغيره : متروك . فالوجه الاستدلال بمعناه لابلفظه ، إذ لايُعرف فيه خلاف . ولذا يقول ابن الهمام : « وأحسن ما هنا ، عن الصحابة والسلف ، مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، قال : حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء ، قال : « كانوا يكرهون كل قرض جر نفعا » .

أما حديث جابر بن سمرة - عند ابن عديّ في الكامل - أنه صلى الله عليه وسلم قال : « السُفتجات حرام » فقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات ، ولا أقل من أن يكون ساقطاً عن رتبة الحجية ، لأن

= آنياً في التجارة وغيرها بين أطراف العالم بالوسائل السلكية واللاسلكية ، وقامت في معظم بلاد العالم نظم مصرفية ومصارف للائتمان والتمويل والاعتماد المالى أصبح فيها تحويل النقود عصب المعاملات المالية بين مختلف البلاد حيث يتم تحويل ملايين الدنانير بهاتف ، أو برقية ، أو بورقة تسمى (الشيك) لا تخرج عن أن تكون صكّ سُفتجة كما سنرى في الملحق الثانى آخر الموضوع .

(١) العناية بهامش فتح القدير ٥ / ٤٥٢ .

(٢) وربما ألحق به الشرط اللاحق (جامع الفصولين ١ / ١٧١) . وقد نص مرشد الحيران في المادة / ٩١٤ / على أن « السُفتجة بلا شرط المنفعة للمقرض جائزة وإنما تكره تحريماً إذا كانت المنفعة مشروطة أو متعارفة » . وعزى ذلك إلى الدر المختار ورد المحتار آخر الحوالة وفيهما فسر شرط المنفعة باشتراط الوفاء في البلد الآخر كما في فتح القدير .

(٣) هو حديث أبي هريرة عند الشيخين : كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم سِنّ من الإبل ، فجاء يتقاضاه ، فقال : أعطوه ، فطلبوا سِنّه فلم يجدوا إلاسناً فوقها ، فقال : أعطوه فقال : أوفيتني أوفاك الله . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن خيركم أحسنُكم قضاء » . (نيل الأوطار ٥ / ٢٣١) .

(٤) فتح القدير ٥ / ٤٥٢ . ومراده بقوله (حرام) أنه مكروه تحريماً بمقتضى أصول الحنفية .

(٥) فيض القدير شرح الجامع الصغير ٥ / ٢٨ تحت الحديث ٦٣٣٦ .

في اسناده عمرو بن موسى بن وجيه . وقد ضعفه ابن معين والبخاري والنسائي »[١].

٣٣١–والشافعية ، والظاهرية ومعهم ابن حزم ، يصرحون بمنع السُفتجة ، لأنها من قبيل القرض الذي يجر منفعة للمقرض ، إذ يتفادى بها خطر الطريق . والقرض عقد معونة وإرفاق ، فإذا شرط فيه منفعة – كما هو الواقع في حالة السُفتجة إذ يشرط فيها الوفاء في البلد الآخر – خرج عن موضوعه فلا يصح[٢] .

ومثله ما حُكي عن ابن سيرين : إذا أسلفت طعاماً فأعطاكه بأرض أخرى ، فإن كان عن شرط فهو مكروه[٣] ، وان كان على وجه المعروف فلا بأس[٤] .

وقد نُقل عن بعض الشافعية تجويزها ، كما اتفقت عليه كلمة الإمامية . ولعل الإمامية نقلوا عن هذا البعض من الشافعية العلة التي عللوا بها الجواز إذ يصرحون بأنها جائزة لأنها ليس فيها أخذُ زيادةٍ ولا جَرُّ نفع ، بل قد تكون أضرّ[٥] .

٣٣٢–وينحو المالكية قريباً من هذا أيضاً : إذ ينظرون الى الحامل على إجراء هذه العملية ، فإن كان تفاديَ خطر الطريق ، فلا مانع ، كأنهم لايعتبرون هذا نفعاً يُعتدُّ به ، وإن كان التخفف من حمل ما يثقل حمله ، فممنوع ، لأنه إذن قرضٌ جَرّ نفعاً ، إلا في حالة الضرورة عند ما تؤخذ الطرق كلها على المقرض بغلبة ضياع الأموال فيها ، ويكون أمام أمرين لاثالث لهما : إما اللجوءُ الى السُفتجة ، وإما ضياع ماله ، فتُقدَّم مصلحة حفظ المال ، على مضرة السَلَف (القرض) الذي يجر نفعاً . أمّا إن كان الباعث مجرد نفع المقترِض فهذا مالا شَكّ في جوازه[٦] .

وللإباضية منزع قريب من منزع المالكية ، فهم لا يجادلون في أن السُفتجة تتضمن نفعاً لكلا الجانبين – جانب المقرِض ، وجانب المقترِض – والقاعدة عندهم في كل قرض بهذه المثابة المنع لغير ضرورة ، أما في حال الضرورة ، فيختلفون بين ماضٍ على أصل المنع ، وجانح الى الترخيص ، إذ الضرورات تبيح المحظورات . غير أن المشهور عندهم المنع أيضاً[٧] .

٣٣٣ – أما الحنابلة فمنهم من أطلق المنع ، ومنهم من أطلق الجواز ، واختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية[٨] ، ولكن المرجح عندهم هو الجواز ، إن كانت بلا مقابل[٩] . هذا إذا شرط الأداءُ في بلد آخر ، أما إذا أُسدي هذا الصنيع بلا شرط ، فليس عند أحد نزاع في جوازه ، لأنه من التبرع وحسن القضاء .

الا أن غلاة من الشافعية وغيرهم قيّدوه بما إذا لم يكن في حكم المشروط بمقتضى العادة الخاصة لهذا المقترِض في الوفاء ، وإلا فلا بد من التصريح بنفيه

(١) فتح القدير ٥ / ٤٥٢ ببعض تصرف .
(٢) المهذب ١ / ٣٠٤ ، والمحلى ٨ / ٧٧و٧٨ .
(٣) المكروه في لسان أولئك السلف هو المحظور الشرعي . وسيأتي قريباً نقل الإباحة عن ابن سيرين نفسه (ر : ف / ٣٣٣ بالحاشية) .
(٤) المحلى ٨ / ٧٨ .
(٥) تذكرة الفقهاء ٢ / ٦ . وهذه مكابرة لا شك فيها ، نعم قد تكون أضر من بعض النواحي ، كاحتساب شيء للمحيل في ضمن العملية (الصفقة) ، وإن لم يكن مصرّحاً به ، ولكن لا شك أن المقرِض قد ربح بقرضه النجاة من خطر الطريق .
(٦) الخرشي على خليل ٤ / ١٤١ و ١٤٢ والفواكه الدواني ٢ / ١٣١
(٧) شرح النيل ٦ / ٤٥٠ و ٤٥١ .
(٨) الفروع ٢ / ٥٨٦ .
(٩) مطالب أولي النهى ٣ / ٢٤٦ .
وهذا اللون من المعروف المحض ، قد يوجد ، ولكنه ليس شأن المعاملات التي كانت وما تزال تجري من هذا القبيل : قديماً بصورة بدائية ، وحديثاً بالطرق المصرفية وما إليها .

ليصح العقد . ورفض الأكثرون – ومنهم جماهير الشافعية والحنابلة – هذا الغُلوَّ المسرِف ، لأن الرسول نفسه صلوات الله عليه كان معروفا من عادته حُسْنُ القضاء ، والأمر به ، ولم يمنع أحداً من إقراضه ، أو أخذ ما يتفضل به ، فتلك قضية معكوسة [١] .

(١) المهذب ١/٣٠٤ والمغنى لابن قدامة ٣٢٢/٤ .

وربما خطرت للناظر خاطرة أخرى تخرج بالمسألة عن نطاق القرض كله ، وعن الحوالة : فلِمَ لاتعتبر السُفتجة إجارة يَستأجر فيها صاحبُ المال صاحب السُفتجة لنقل ماله إلى مكان بعينه ، لقاء أجر ضمنى أوصريح ، معلوم القدر على كل حال ؟ سيجاب بأنها حينئذ لاتفيد تجنب خطر الطريق وهـــو مقصود السُفتجة ، إذ المال إذا هلك في يد الأجير – وهو أمين – فإنما يهلك من ضمان صاحبه .

ولكن الشأن في الذين يقومون الآن وقبل الآن بهذا النوع من العمليات المالية : أنهم يقومون بها لكل راغب ، فينطبق عليهم إذن وصف الأجير المشترك – والراجح الآن وقبل الآن تضمينه . بل قيل بذلك في الأجير الخاص أيضاً . فقد كان الشافعى – رغم اقتناعه من حيث القياس الفقهى بأن لا ضمان على الأجير ، لأنه كالمضارب ، لم يقبض العين لمنفعته خاصة ، بل لمنفعته ومنفعة المالك – لا يفتي الناس بذلك ، بل يفتي بالتضمين لانتشار الفساد ، رعاية للمصلحة ، ويقول : « الأجراء كلهم سواء » (المهذب ١/ ٤٠٨) .

أقول : هـــذا رأى الاســتاذ كاتب الموضوع لكننى ارى . أن تخريج السُفتجة على أســاس الإجارة يخرجها عن حقيقتها ويتنافر مع طبيعتها ، ويزج بها في عدد من التناقضات بين غايتها المقصودة وقواعد الإجارة :

فإذا جاوزنا مشكلة عدم ضمان الأجير مافي يده من مال المستأجر إذا هلك بناء على الرأى الأخير للإمام الشافعى (رض) نظراً لفساد الزمان سيواجه هذا التخريج مشكلة أخرى هى أن الأجير (وهو المحيل في السُفتجة) لن يقوم بما استؤجر عليه وهو إيصال المال الذى دفعه اليه المستأجر إلى البلد المطلوب ، بل سيحتفظ به ليقبض المستأجر بدلاً عنه في البلد الآخر . والإجارة لابد في انعقادها من أجرة ليتحقق معناها فبماذا استحق الأجرة إذا لم يقم الأجير بالعمل . وإذا تصرف الأجير في المال الذى قبضه – بحسب المقصود من العملية – كان متصرفاً في الأمانة فهو غاصب آثم . وإذا قيل : إنه قد تصرف بالإذن فلايكون آثماً ، قلنا إنه عندئذ ينقلب مقترضاً ضـــامنا إلى حين الوفاء ولا يبقى أجيراً يقوم بعمل لقاء أجر .

ثم بأيّ موجب يلزم الذى في البلد الآخر أن يدفع لهذا المستأجر مال الأجير الذى تحت يده أو في ذمته ؟ إن قلنا : بحوالة لاحقة فقد عدنا إلى اللجوء للحوالة التى هربنا منها بهذا التخريج ، وإن قيل : =

وابن قدامة في المغني اختصر الطريق ، وقضى بصحتها على الإجمال استصلاحاً ، ونص عبارته :

« وان شرط [٢] أن يعطيه إياه (أي القرض) في بلد آخر وكان لحمله مئونة لم يجز ، لأنه زيادة . وان لم يكن لحملة مئونة جاز . وحكاه ابن المنذر عن على وابن عباس والحسن بن على وابن الزبير وابن سيرين وعبدالرحمن بن الأسود وأيوب السختياني والثوري وأحمد وإسحاق . وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبدة بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لأنه قد يكون في ذلك زيادة .

وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سُفتجة لم يجز ، ومعناه : اشتراط القضاء في بلد آخر . وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً . وقال

= بتوكيل لاحق يصبح فيه الذى عنده المـــال وكيلاً بدفعه إلى المستأجر فإن الوكالة عقد غير لازم فللوكيل أن يُخرج نفسه (ينسحب) من الوكالة فيمتنع من الأداء ، وإن قلنا : بتوكيل لاحق للمستأجر نفسه في القبض كان للأجير الموكل حق قبضه ممن لديه قبل دفعه إلى وكيل القبض (المستأجر) لأن التوكيل بالقبض لا يمنع الموكل من القبض بنفسه ، ويحق له أيضا عزل الوكيل في الحالين (أى توكيل من في البلد الآخر بالدفع ، أو توكيل المستأجر بالقبض) فيمتنع عليه القبض . كل هـــذه المتناقضات والمشكلات تقوم في وجه هذا التخريج للسفتجة على الاجارة لأجل تفادي محذور غير متفق على أنه محظور شرعاً وهو منفعة المقرِض في الأمان من خطر الطريق ، لما فيهـــا من شبهة الربا لدى من يراها كذلك . ثم إن ما نقل في المهذب عن الشافعى (رض) من تضمين الأجير ولو خاصّـــاً ، هو أحد الآراء المنقولة عنه وليس بمعتمد عند الشافعية ، بل المعتمد عندهم عدم التضمين بغير تفريط سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصّاً كما في شروح المنهاج .

(خبير الموسوعة)

(٢) أما في حالة عدم الشرط فقد قال ابن قدامة في المغنى ٤ / ٣٢١ : فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط فقضاه خيراً منه ، في القدْر أو الصفة ، أو دونه ، برضاهما جاز . وكذلك إن كتب له سُفتجة ، أوقضاه في بلد آخر جاز . ورخص في ذلك ابن عُمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهرى ومكحول وقتادة ومالك والشافعى وإسحاق .

عطاءٌ : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ، ثم يكتب لهم بها الى مصعب بن الزبير بالعراق ، فيأخذونها منه . فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً . وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم يرَ به بأساً . وممن لم يرَ به بأساً ابنُ سيرين[1] والنخعي ، رواه كله سعيد . وذكر القاضي أن للوصي إقراض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق . والصحيح جوازه ، لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما ، والشرع لم يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ، بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ، ولا في معنى المنصوص ، فوجب إبقاؤه على الإباحة »[2] .

(١) ظاهر من سياق الكلام هنا أن ابن سيرين لا يرى به بأساً ولو كان عن شرط ، لكن تقدم في الفقرة / ١١٨ / نقل رأى ابن سيرين بأن وفاء القرض في بلد آخر مكروه إذا كان ذلك عن شرط ، وهو نقل أسنده ابن حزم أيضاً في كتاب القرض من المحلى (٨ / ٧٨) ولكن صدر عبارة ابن قدامة هذه تفيد أن رأى ابن سيرين في الكراهة مقيد بقيدين : أن يكون ذلك عن شرط ، وأن يكون لحمله مئونة ، وإلا فإنه لايرى به بأساً . فالظاهر أن عن ابن سيرين روايات في تقييد الجواز وإطلاقه .

(٢) المغني ٤ / ٣٢٠ .

واقتبسه ابن القيم في أعلام الموقعين فقال : « المقرِض قد ينتفع أيضاً بالقرض كما في مسألة السُفتجة ، ولهذا كرهها من كرهها . والصحيح أنها لاتُكره ، لأن المنفعة لاتخصُّ المقرِض ، بل ينتفعان بها جميعاً »[3] .

(٣) اعلام الموقعين ١ / ٣٩١ ط التجارية .

القــول :

إن ادخال البعض اجتناب خطــر الطريــق في المنفعة التى لا يجوز أن تستفاد من القرض هو تشدد لا دليل عليه في نصوص الشريعة السمحة التى تأمر الإنسان باجتناب الضرر وتوقيه . فالمنفعة التى فيها شبهة الربا والتى يجب تنزيه القرض عنها هى المنفعة التى يبرز فيها ما يشبه العــلاوة الماليــة ، كشرط حمل بضاعة يبذل عليها في العادة أجر ، وشرط إعارة شيء ليستعمله المقرض ، ونحو ذلك .

أما اجتناب خطر الطريق، وابتغاء الأمان منه فهو مصلحة مشروعة وقد تكون مشتركة للطرفين كما أفاده ابن القيم ، فلا ينبغى ادخاله في هذا النطاق الممنوع .

وعند اختلاف آراء فقهاء السلف لا ينبغى الميل إلى الأخــذ بالأشدّ في معاملة كالسُفتجة أصبحت من أهم حاجات العصر ومعاملاته التجارية في تداول الأموال ، فإن في الأخذ بالرأى الأضيق أو الأشد تعسيراً ليس من مقاصد الشريعــة السمحة .

(خبير الموسوعة)

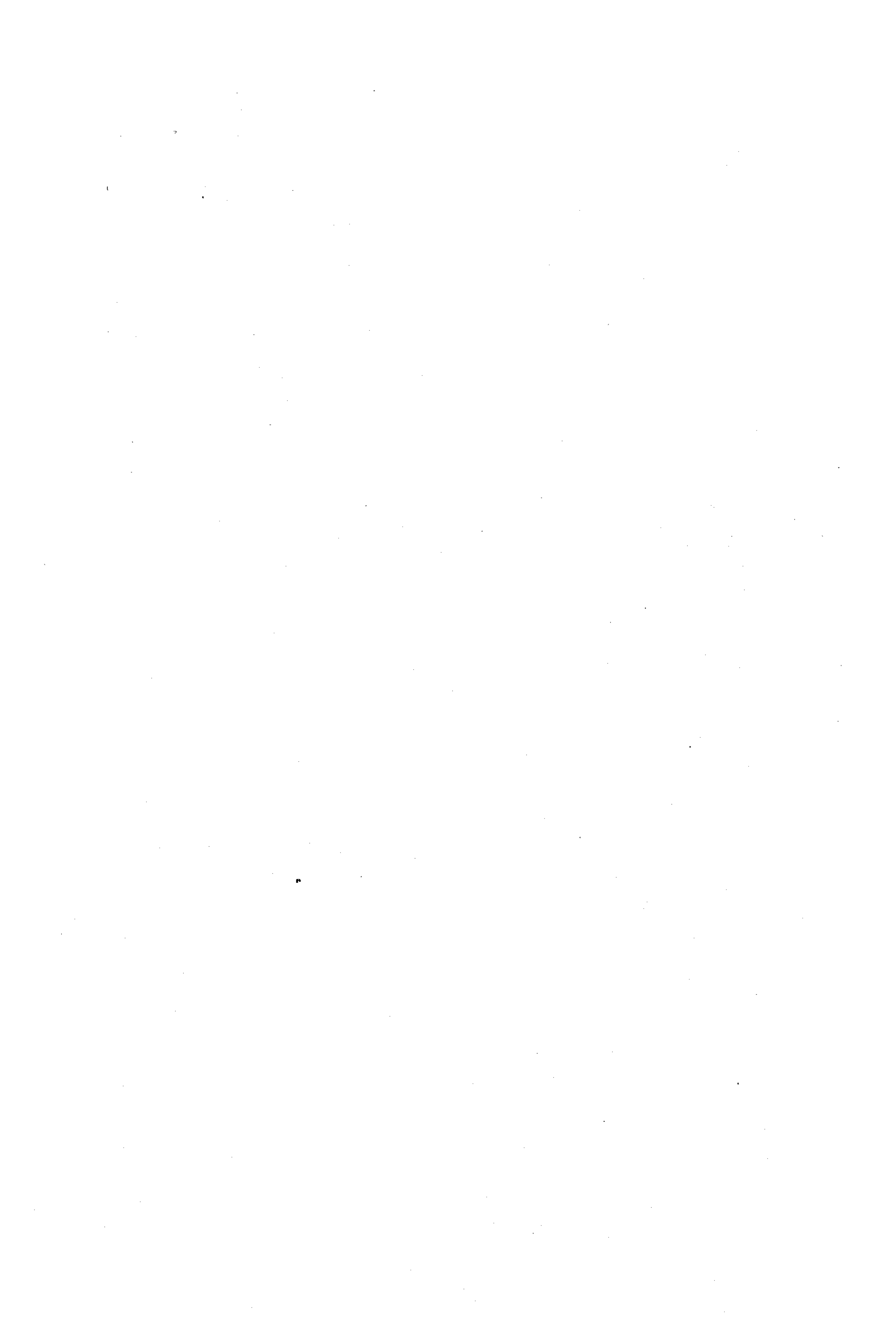




١ ـ شبهات حول الحوالة فى الشريعة الاسلامية ،والرد عليها .

٢ ـ بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة .

٣ ـ صياغة احكام الحوالة فى مواد مقننة .



الملحق الأول

شبهات حول الحوالة فى الشريعة الاسلامية والـرد عليهـا

٣٣٤ـ أشرنا في اللمحة التاريخية في أول هـذا الموضوع الى سبق الشريعة الإسلامية في تنظيم الحوالة ، وإلى ما قرره المستشرقون من فضل الشريعة الاسلامية على أوربا في معرفة هذا النوع من المعاملات ونقله عنها .

ومن المؤسف حقاً أن تثار الشبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية ، لامن المستشرقين كما قد يتبادر الى الذهن ، وإنما من بعض القـانونيين المسلمين المعاصرين ، الذين كانوا ـ لمعرفتهم باللغة العربية وقدرتهم على فهم كتب الفقه ـ أقدر على فهم وتقدير مافي الشريعة من كنوز فقهية ، وإبرازها والدفاع عنهـا .

وقد خصصنا هذا الملحق لعرض هذه الشبهات ومناقشتها ، وهي تدور حول أمور ، منها زَعْمُ أن الفقه الاسلامي لايسلم بحوالة الدين ولا بحوالة الحق ، وأن الحوالة المعروفة في الشريعة الإسلامية ليست حوالةً بالمعنى الدقيق ، ... الى غير ذلك .

٣٣٥ـ وقد بدأ اللغَط حول الحوالة في الشريعة الاسلامية منذ صدور القانون المدني المصري القديم (الأهلي والمختلط) عندما حاول الشراح بيان أصل ماورد به من أحكام الحوالة ، وكتب في ذلك الأساتذة محمد كامل مرسـي [١] وعبد الرزاق السنهوري [٢] وشفيق شحاته [٣] والشيخ أحمد إبراهيم [٤] وغيرهم .

واستمر البحث في هذا الموضوع حتى يومنا هذا ، مع مزيد من التوسع والتعمق ، ولم يؤدّ الى حسم النقاش أو بيان وجـه الحق فيه ، بل إن رسـالة الدكتور عبدالودود يحيى وموضوعها : حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري) [٥] لم تتعرض لمناقشة هذه الشبهات من قريب أو بعيد رغم تخصيصها خمسين صفحة لدراسة الحوالة في الشريعة الإسلامية .

وسنكتفي هنا بعـرض بعض مـا كُتب مؤخـراً لتوضيح وجهات النظر المتباينة في هذا الموضوع :

٣٣٦ـ كتب بعض القانونيين يقرر أن الشريعة الاسلامية عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق .

وتابع بعضهم بعضاً في هذا. من ذلك ما كتبه الدكتور حسن الذنون إذ يقول : « والشريعـة الإسـلامية أقرت حوالة الدَين دون حوالة الحق على رأي معظم الفقهاء » [٦] .

ومن ذلك أيضا ماكتبه الدكتور صبحي المحمصاني

---

(١) المجموعة المدنية طبعة ـ ١٩٤٠/ م . صفحة ١٦٨

(٢) موجز الالتزامات صفحة ٥٢٨ ، ومقالة « وجوب تنقيح القانون المدنى » صفحة ١٢٢ .

(٣) رسالة الدكتوراه صفحة ١١٦ .

(٤) مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات طبع ١٩٤٥ م . صفحة ٢١٨ـ ٢٢٥

(٥) طبعة ١٩٦٠ م . صفحة ١٠١ ـ ١٥٠ .

(٦) أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقي ٢٠٧ .

من قوله : «اختلف الفقهاءُ حول حوالة الحق، فبعضهم ومنهم مالك أجازوها، ولم يجزها آخرون، ومنهم الشافعي وأحمد. أما الحنفية فلم يجيزوها من حيث المبدأ ولكنهم أجازوها في حالاتَ استثنائية على أساس الافتراض القانوني. أما حوالة الدين فأجازها الجميع»[1].

لكن الدكتور عبدالرزاق السنهوري لم يوافق على هذا الرأي القائل بأن الشريعة عرفت حوالة الدَين ولم تعرف حوالة الحق، بل ذهب الى أن الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقاً لا في الحق ولا في الدَين[2].

وقد ألحّ الدكتور السنهوري على نفي وجود حوالة دَين في الفقه الإسلامي، بينما كل الذين حاولوا قبله من الباحثين المعاصرين (كالشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله، والدكتور شفيق شحاته، والدكتور الذنون) أن ينفوا وجود بعض صور من الحوالة في الفقه الاسلامي إنما حصروا نفيهم في حوالة الحق في المذهب الحنفي، ولم يتصور أحد منهم أن ينفي وجود حوالة الدَين فيه لأن من المسلّمات البديهية أن حوالة الدين هي الصورة البارزة الأَصلية للحوالة التي عُرفت في صدر الإسلام، بأمر الرسول عليه الصلاة والسلام، ومارستها المجتمعات الإسلامية الأُولى فعلاً في معاملاتها، وعالجها فقهاءُ الإسلام من أئمة المذاهب وأتباعهم بالتفصيل.

وتفسير هذا التصوُّر الغريب جِدّاً من الأُستاذ السنهوري أن من سبقوه بفكرة النفي المذكور نظروا الى واقع مسائل الحوالة في فقه المذاهب فكانت صورة حوالة الدَين بارزة وواضحة جِدّاً أمام أعينهم وصورة حوالة الحق مستترة خلف حوالة الدين فلم ينتبهوا لها، لأنهم تلمّسوا في الحوالة معنى البيع من كل وجه فلم يجدوه في المذهب الحنفي.

أما الأُستاذ السنهوري فإنه لم ينظر في صور الحوالة التي وجدوها في نصوص الفقهاء إلا بمنظار التطور التاريخي من زاوية التشريع الوضعي في القانون الروماني وما بني على أساسه في أوربا، كما تطلّب أن يجد في الحوالة وأحكامها في فقه المذاهب ملامح الصورة القانونية الحديثة التي يعرفها، فإذا اختلف النظر الفقهي في بعض الجزئيات عن النظر القانوني الحديث حكم بأن الحوالة غير موجودة في الفقه الإسلامي، نظير من يحكم بأن الفقه الاسلامي لم يعرف شركة العقد إذا رأي أن أحكام الشركات الفقهية لاتتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشركات في القانونين المدني والتجاري؛ ولايخفي مافي هذا النظر من بُعدٍ عن الصواب.

قد بينا فيما سبق وجه الشبهة عند من ينكرون حوالة الحق في الفقه الإسلامي ونكتفي بما ذكرناه هناك (ر: ف /١٤٩-١٥٣).

أما ما أورده الدكتور السنهوري من إنكار حوالة الدَين أيضاً في الفقه الإسلامي فنتناوله بالمناقشة التفصيلية فيما يلى :

(اولا)

٣٣٧ـ أول ما يلفت النظر فيما كتبه الدكتور السنهوري عن الحوالة في الشريعة الإسلامية، أنه قد جعل المصطلحات القانونية المعاصرة ميزاناً للحكم على الفقه الإسلامي.

فحوالة الحق ـ بمفهومها القانوني الحاضر ـ وحوالة

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٢٠٢.
(٢) الوسيط للسنهورى ٣ / ٤٢١ ـ ٤٢٢.

الدين - بمفهومها القانوني الحاضر - وتجديد الدين، والإنابة في الوفاء، والكفالة (المحوَّرة أو المحضة)، والخلافة الخاصة والعامة،... الى آخر هذه المصطلحات بمفهومها القانوني الحديث، بل في القانون المدني المصري الجديد بالذات، أراد الدكتور السنهوري أن يصنف، تَبَعاً لها، آراء المذاهب في الفقه الإسلامي، فإذا لم يطابق رأيهم هذه المصطلحات الحديثة بجميع شرائطها وآثارها - وهذا مالا يمكن تحققه بحال - اعتبر أن حوالة الدَين، فضلاً عن حوالة الحق، لم يعرفها أيٌّ من المذاهب الفقهية الإسلامية، وإنما الذي عرفوه هو في نظره كفالة محوَّرة أو ما أشبه ذلك (كما سنرى في كلامه).

وهذا - من الدكتور السنهوري - منطق غريب، أن يجعل شريعةً ما حَكَماً على شريعة أخرى، إذ أن لكل شريعة منهجها في تحقيق المصالح التي تهدف الى تحقيقها من طريق الاحكام.

ولو أن الدكتور السنهوري اكتفى بإجراء مقارنات في الأحكام بين أحد مذاهب الفقه الإسلامي - أو بين الفقه بمجموع مذاهبه - وبين القانون المصري أو غيره من القوانين، لكان نهجاً طبيعياً لا مجال لانتقاده.

٣٣٨ - وقد أورد الأُستاذ السنهوري كثيراً من نصوص المذاهب الفقهية المختلفة مستدِلاً بها على رأيه. ولا نجد بعدما تقدم ذكره حاجة لمناقشته فيها، لأن منهجه في الاستدلال بها واحد، وهو بيان مخالفة أحكام الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة لأحكام الحوالة في القانون المصري، وهذا عنده كافٍ للحكم بعدم وجود حوالة مطلقاً في الفقه الإسلامي؛ فنكتفي بإيراد آرائه الغريبة التي انتهى إليها وهي تتجلّى في اقواله التالية:

١) - «الحوالة المقيَّدة أقرب الى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالةً بالمعنى الدقيق»[1].

٢) - «يمكن في الحوالة المطلقة أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دَينه على الأجنبي، وهذه هي حوالة الدَين بالمعنى الدقيق، ولا يُسلم بها الفقه الإسلامي خلافاً لما يقال عادة. وهي (عنده) أقرب الى أن تكون كفالة أو تجديداً للدين، من أن تكون حوالة دَين»[2].

٣) - «ويمكن كذلك في الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي، وهذه هي حوالة الحق بالمعنى الدقيق، وحوالة الحق أيضاً لايسلِّم بها الفقه الإسلامي بوجه عام، خلافاً لما يقال عادة. ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لايُسلِّمون بهذه الحوالة، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة»[3].

٤) - «حوالة الدين هي المعنية بلفظ الحوالة في الفقه الاسلامي، فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها، ثم حوالة الحق، ولا يعرف الفقه الاسلامي هذا التعبير، ويسمي حوالة الحق: بيع الدَين، أو هبة الدين»[4].

(١) الوسيط ٤٢١/٣ و ٤٢٨ - ٤٣٣.
(٢) الوسيط ٤٢١/٣
(٣) الوسيط ٣ / ٤٢١. وذلك في نظره لأن المذاهب الفقهية تشترط في الحوالة مديونية المحيل للمحال بينما القانون لا يشترط ذلك!!
(٤) الوسيط ٣ / ٤٢٢.

٥) - « والذي يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين (أي في الفقه الإسلامي) هي إما تجديد ، او كفالة محوّرة ، أو كفالة محضة في الفقه الحنفي ، وهي تجديد للدَين بتغيير المدين ، وبتغيير الدائن في المذاهب الأُخري »[١] .

٦) - « ولا يكاد يسلّم (الفقه الإسلامي) بانتقال الحق فيما بين الأحيـاء إلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفي[٢] ، وإلا في كثير من التردد في مذهب مالك »[٣] .

(ثانيا)

٣٣٩ - بنى الدكتور السنهوري رأيه في الحوالة الشرعية على منطلق خاطئ هو أن الشريعة الاسلامية تحكمها قوانين التطور الاجتماعي كما هو الشأن في القوانين الوضعية الأُخري ، فقد وجد أن القانون في تاريخه الطويل منذ الرومان حتي عهدنا الحاضر قد تطور من عدم الاعتراف بالحوالة ، والتحايل عليها بالتجديد والإنابة ، الى معرفة حوالة الحق ثم معرفة حوالة الدين . وأراد أن يطبق هذه الظاهرة على الشريعة الإسلامية فاستعصت عليه ، فلجأ الى البحث في تفاصيل الآراء المذهبية وتحليلها توصُّلاً الى هذه النتيجة التي أرادها .

ولتفصيـل ذلك نورد نص ماكتبه الدكتور السنهوري . . . فقد كتب يقول :

« ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدَين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدْعاً في تطور القانون . فمن غير الطبيعي أن يَعرف نظامٌ قانونيٌ حوالة الدَين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنـه من غير الطبيعي أن يُسلِّم نظـام قانوني بانتقال الدَين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الإسـلامي كان في تـطوّره طبيعياً كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدَين ، لابسبب الموت إذ الدين لاينتقل الى الورثة بل يبقى في التركة حتي تقوم بسداده ، ولابين الأحياء إلا في صورة من صورالكفالة أو التجديد . وعَرف حوالة الحق ، بسبب الموت ، حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل الى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هـو المذهب المالكي »[٤] .

ويعود الى تأكيد ذلك في نهاية بحثه عن الحوالة في الشريعة الإسلامية ، إذ يقول :

« ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يُقرّ حوالة الدَين بالمعني المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه . وقد أقـر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأُخري . فلم يكن الفقه الاسلامي اذن بِدْعاً في تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور ، إذ بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في

(١) الوسيط ٣ / ٤٣٧ حاشية .
(٢) الحيلة التى أشار اليهـا هى الإقرار بالحق لمن يراد نقله إليه ، أوهبته اليه مع توكيله بقبضه ، فيقبضه أولاً بحكم الوكالة ثم يتملكه بحكم الهبة .
(٣) الوسيط ٣ / ٤٣٧ حاشية .
(٤) الوسيط ٣ / ٤٢١ - ٤٢٢

المذاهب الأُخرى ، ولم يقر حوالة الدَين أصلاً لابسبب الموت ولابين الأَحياء »[1] .

ثم يكرر هذا التأْكيد نفسه في حاشية الصفحة / ٤٣٧ / ذاتها فيقول :

« فلم يسلِّم الفقه الإِسلامي أَصلاً بانتقال الدين ، لافيما بين الأَحياء ولا بسبب الموت ، لاعن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة ، وإِنما سلَّم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة في الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة في الوصية بالدين . ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأَحياء إِلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفي ، وإِلا في كثير من التردد في مذهب مالك . ولا عجب في ذلك ، فهذا هو السير الطبيعي في تطور الحالة . أَما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أَن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورِّث وخلافة الموصَى له للموصِي . وهي خلافة لاتتحقق عنده إِلا بالموت ، فيختفي شخص السلف ويحل محله شخص الخلف » .

٣٤٠ ـ هذا هو رأْي الاستاذ السنهوري وبناؤه على التطور الطبيعي في القانون الوضعي . وجدير بنا هنا ، بل من الضروري الواجب ، أَن نؤكد أَن المنطلَق الذي بدأَ منه الدكتور السنهوري منطلق خاطئٌ من عدة نواحٍ نوضحها فيما يلي :

٣٤١ ـ الناحية الأُولى : ان القوانين التي تحكم العلوم الكونية كالفيزياء والكيمياء هي قوانين منضبطة ، بخلاف القوانين التي تحكم العلوم الاجتماعية فهي قوانين نسبية تبنى على الأَعم الأَغلب ، وتقبل لذلك الاستثناء . وليس هنا مجال تفصيل ذلك ، وهو شيء معروف .

٣٤٢ ـ الناحية الثانية : ان الأُسلوب العلمي في دراسة القوانين العلمية او الاجتماعية يبدأُ باستقراء الجزئيات لينتهي باستنباط القانون أَو القاعدة العامة . أَما استنباط قاعدة أَو قانون من حالة أَو حالات جزئية محدودة ، ثم فرضها على حالات أُخرى فمخالف للأُسلوب العلمي .

كان الواجب يقتضي وضع الشريعة الإِسلامية وفقهها في مكانهما التاريخي من فقه الرومان وفقه أُوروبا في القرنين التاسع عشر والعشرين قبل استنباط القاعدة العامة في تطور القوانين ، إِن كان هناك قاعدة عامة .

أَما أَن نستنبط قاعدة التطور من تاريخ القانون الروماني والقوانين الأُوروبية المأْخوذة عنه ، ثم نحاول تطبيقها على الشريعة الإِسلامية فخطأٌ في المنهج العلمي للاستقراء والاستنباط والتطبيق .

٣٤٣ ـ الناحية الثالثة : أَن أَحكام الحوالة في الفقه الاسلامي ليست اجتهاداً فقهيا نابعاً من الحاجة والمصلحة الزمنية المتطورة بقدر ما هي تطبيق لنصوص آمرة في الشريعة الإِسلامية هي التي ضبطت هذه الأَحكام في تطورها كالحديث النبوي الشريف القائل : « مَطْلُ الغني ظلم ، وإِذا أُتبع أَحدكم على مليءٍ فليتَّبع » ، وقواعد منع بيع الدَين من غير من هو عليه ، ومنع البيوع الرِبَوية ، وغير ذلك كما هو واضح من مناقشات الفقهاء في أَحكام الحوالة الفرعية مما سبق ذكره في مواضعه من الموضوع . وإِن ارتباط هذه النصوص والقواعد الشرعية بالأَصل

(١) الوسيط ٣ / ٤٣٦ ـ ٤٣٧

السماوي للشريعة يمنع من إخضاعها لسنة التطور في التشريع الوضعي، لأنها نزلت من عند الله ولم تنبع من حاجة الناس.

والأمثلة على ذلك كثيرة، منها قواعد الإثبات بالكتابة، وإثبات الدَين التجاري، وتحريم الامتناع عن تحمل الشهادات......(١)

وفي ذلك يقول الأستاذ الشهيد عبدالقادر عودة رحمه الله: «وجه الخطإ في قياس الشريعة بالقانون أنهم سوّوا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء، والناس برب الناس، فكيف يستوي في عقل عاقلٍ أن يقيس نفسه بربه، وأرضه بسمائه؟ وجه الخطإ في هذا القياس أنهم سوّوا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما جِدَّ الاختلاف،.... والقاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس، أو كان القياس باطلاً».

وبعد أن أوضح رحمه الله نشأة القانون الوضعي وتطوره والمراحل التي مر بها حتى وصل الى شكله الحالي في تطور بطيء استمر آلاف السنين... كتب عن نشأة الشريعة ما يلى:

«إن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق. لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادىء متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهذبت. ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت نموّها، وإنما وُلدت شابة مكتملة ونزلت من عندالله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لاترى فيها عِوجاً، ولا تشهد فيها نقصاً....ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وصل إليها أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه اخيراً القانون الوضعي، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن يتحقق من المبادىء هو موجود في الشريعة من يوم نزولها»(٢).

٣٤٤ـ الناحية الرابعة: ذهب الدكتور السنهوري في محاولته تطبيق سنة التطور على الشرع الاسلامي الى حَدّ القول بأن «الفقه الاسلامي بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء، ولكن في مذهب واحد من مذاهبه ثم وقف تطوره عند ذلك....».

ولم يبين الدكتور السنهوري كيف حدث هذا «التطور»؟ «متى» بدأ الفقه الإسلامي بإقرار حوالة الحق بسبب الموت، «ومتى» ثَنّى بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء؟ وما «المُدّة» التي مضت بين الأمرين حتى يقال إن هناك «تطوراً» قد حدث؟

إن الثابت من دراسة تاريخ التشريع الإسلامي ان أحكامه نزلت مفرّقة في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة التي لم يتجاوز عهده فيها إحدي عشرة سنة. وأنّ المواريث (أو حوالة الحق بسبب الموت) ظلت في صدر الإسلام على ماكانت عليه في الجاهلية، من توريث بالنسب يرث فيه الذكور المقاتلون دون الصغار والإناث،

(١) انظر تفصيل ذلك في التشريع الجنائى الإسلامى لعبدالقادر عودة ١ / ١٣ – ٦٣.

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى ١ / ١٣ – ١٧.

وتوريث بالسبب يتوارثون بالحِلْف والتبني [١]، ثم في بدء حياة المسلمين بالمدينة آخى الرسول بين المهاجرين والأنصار فكانوا يتوارثون بهذا الإخاء في ابتداء الاسلام إرثاً مقدّماً على القرابة . ثم نسخ التوارث بالمؤاخاة بعد غزوة بدر[٢] .

أما آيات المواريث «يوصيكم الله فى أولادكم...» فقد نزلت بعد غزوة أحد[٣] .

ثم كان نزول آية «يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ... » يقول ابن العربي : «ثبت في الصحيح أن البراء بن عازب قال :... وآخر آية نزلت آية الكلالة »[٤].

وهكذا يتضح ان آيات المواريث وأحكامه جاءت مفرقة على عدة سنوات خلال إقامة الرسول صلى الله عليه وسلم بالمدينة .

أما حديث الحوالة فلم نعثر على سبب وروده أو تاريخه ، ولا نظن ان الدكتور السنهوري قد عثر على ذلك وإلا لأبداه تأييداً لرأيه ، وأيّاً كان تاريخ حديث الحوالة فلا يصح القول بأن اقرار الحوالة جاء بعد إقرار الميراث (الذي بيّنا أن تنظيمه النهائي بآية الكلالة كان في آخر حياة الرسول صلى الله عليه وسلم) ،وبأن ذلك سنة التطور في القوانين . فالتطور الذي يحدث بين القانون الروماني والقوانين الوضعية الحديثة على مَرّ مئات بل آلاف السنين لايصح أن يقاس به ورود آيات وأحاديث

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٩٠ –٩١ .
(٢) إمتاع الأسماع للمقريزى ١/ ٤٩ – ٥٠ .
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٣٣ والآيتان من سورة النساء / ١١ و ١٢ .
(٤) أحكام القرآن لابن العربي١/ ٥١٩، والآية هي آخر آية في سورة النساء / ١٧٦ .

الأحكام في الشريعة الاسلامية والتي لم تتجاوز مدة تشريعها إحدى عشرة سنة .

٣٤٥ ـ الناحية الخامسة : ان إلحاح الأُستاذ السنهوري على إخضاع الشريعة الإسلامية وفقهها لمراحل التطور المعهود في الأعراف وفي النظم الوضعية عبر القرون ـ بحجة أن هذا التطور بواقع مراحله في النظم الوضعية هو طريق حتمية (كما يفيده كلامه) لايخرج عنها أو يفلت منها أي نظام تشريعي ـ هذا الإلحاح يناقض ماكان قرره قديماً الأُستاذ السنهوري نفسه في كتابه المبسوط في (نظرية العقد) ،حيث أفاد في كلامه على رضائية العقد أن العقد فى جميع الشرائع يتبع بحسب العادة طريقاً تطورياً حتمياً هو المرور في مرحلة الشكلية أولاً ، ثم الانتقال تدريجياً الى الرضائية ، فيصبح انعقاده وآثاره منوطة بمجرد اتفاق الإرادتين دون توقف على أي مراسم شكلية معينة ، وفي هذه المناسبة قرر أن العقد في الشريعة الإسلامية خرج عن هذه السنة الطبيعية التي لم تتخلف في شريعةٍ ما ،حيثُ ولد العقد في الشريعة الإسلامية رضائياً محضاً ، لم يمر بمرحلة الشكلية أصلاً . ثم يعزو الأُستاذ السنهوري هذه الظاهرة الغريبة الى أن السبب فيها هو المصدرية الدينية في الشريعة الاسلامية وفِقهها . (أي إن المصدر الديني لها قد قفز بها فوق مراحل التطور) [٥] .

فلماذا صلحت تلك المصدرية الدينية في الشريعة الإسلامية أن تقفز برضائية العقد فوق مراحل التطور الحتمي المعتاد في النظم الوضعية ، ولاتصلح

(٥) : نظريةالعقد للاستاذ السنهورى الفقرة/٩٢/ ص / ٩٤ بالحاشية .

لأن تقفز بعقد الحوالة خاصة مثل تلك القفزة ، فتوجد فيها حوالة الدين وحوالة الحق في وقت معاً ، بالاستناد الى نصوص المصدر الديني الخاصة والعامة ، وإن اختلفت بعض أحكام الحوالة في نوعيها عما تذهب اليه الأنظار الحديثة في التشريع الوضعي وفقهه ، واختلفت أيضا أنظار فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم في فهم نصوص المصدر الديني والاستنباط منه ؟ !

لعل الأُستاذ السنهوري قد نسي ماكان كتبه سابقاً في كتابه المبسوط في «نظرية العقد» !!

(ثالثا)

٣٤٦-يتضح من كلام الأُستاذ السنهوري أنه يرى أن التطور الحاصل بشأن الحوالة منذ القانون الرومانى حتى القانون الحديث في أوربا ، هو الذي يجب تحكيمه بشأن الحوالة في الشرع الإسلامي وفقهه ، وفي نظره هو أن الحوالة فى الفقه الإسلامى بدأت بانتقال الحقوق عن الميت الى ورثته دون انتقال ديونه التي تبقى معلقة بتركته ، ثم تطور ذلك الى قبول انتقال الحقوق فقط (دون الديون) بطريق التعاقد بين الأحياء انتقالاً لم يتكامل فيه معنى الحوالة ، بل بقي قاصراً لعدم انتقال ضمانات الحق معه ، فمعيار حقيقة الحوالة عنده هو انتقال الضمانات فإن لم تنتقل مع الحق الذي تضمنه فليس ذلك بحوالة ...

والذي نرى أن ربط الحوالة بميراث الحقوق في الشريعة الإسلامية هو ضرب من الخيال واختلاط المفاهيم . فهل يكفي وجود معنى النقل في أمرين أو شيئين لكي يعتبر أحدهما مرحلة تطورية عن الآخر ؟

ولماذا عندئذ لايقال : إن الميراث نفسه مرحلة تطورية عن نقل الأحجار المقطوعة من الجبال لبناء البيوت البدائية عبر القرون الأُولى ، تطوراً من النقل الحسّي في الأشياء الى الانتقال الاعتباري في الحقوق ، وأن البيع هو مرحلة تطورية للثأر ، لأن في البيع معاوضة متوازنة بين البدلين تطورت عن الموازنة بين الدماء في الثأر ؛ ولا يدري أحد الى أين ينتهي بأصحابه الخيال في هذا المجال ؟ ! !

إن الميراث ، ولا سيما في الشريعة الإسلامية ، لايمكن أن يعتبر في تاريخ التشريع نقطة البداية لحوالة الحق ، لأن الميراث خَلَفية حتمية لأموال تركها صاحبها وذهب الى غير عودة ؛ فلابد لهذه الأموال من خَلَف يخلف صاحبَها في الاختصاص بها والاستفادة منها سواءٌ أكان هذا الخلف هو بعض الأقارب ، أو كان هو العشيرة أو القبيلة كلها ، أو السلطان الحاكم ، أو الدولة ؛ وإلا أصبحت تركة الميت وجهود حياته في اكتسابها أموالاً ضائعة بعد وفاته . فالخلفية على أموال الميت وحقوقه ضرورة طبيعية نابعة من طبيعة الحياة البشرية ، ومرافِقة لها في تكون المجتمعات الأُولى البشرية وإنما تختلف فيها الترتيبات . فأين هذا من تصرف كالحوالة هو إرادة محضة كسائر العقود دعت إليها حاجات التعامل والتبادل والتجارة والأسفار ، ولاسيما مع ملاحظة أن الميراث في الشريعة الإسلامية منقطع الصلة بتاتاً بالإرادة ، لأن الإرث فيها جَبْري تنتقل فيه الملكية الى الوارث حكماً دون أن يكون له خيار في قَبولها وردها ، لأن الوارث في الشريعة الاسلامية إنما يرث ما يبقى بعد قضاء الديون والوصية ، فلا يحمل شيئاً من التزامات المورِّث المتوفَّى ، بل تحملها تركته فقط . فلم يبقَ حاجة لإعطاء الوارث

خياراً في رفض الميراث كما في النظم التي تحمّله بالميراث التزامات الميت وديونه أيضاً ، كما هو معلوم . فما دعوى النسب بين الحوالة والميراث في الشريعة الإسلامية سوى ضربٍ من الخيال والأوهام .

(رابعا)

٣٤٧ ــ وقد أورد الدكتور السنهوري دليلاً على رأيه (في أن الفقه الإسلامي كان طبيعياً في تطوره ، أي عرف حوالة الحق قبل حوالة الدَين) . ذلك الدليل عنده هو أن هذا الفقه لم يعرف حوالة الدَين بسبب الموت إذ الدَين لاينتقل الى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، بينما عرف حوالة الحق بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل الى الورثة .

وهذا الذي ذكره الدكتور السنهوري مردود عليه من عدة وجوه :

١) ــ إن هذا المبدأ ليس قصوراً يستدل به على أنه بداية تطور ، بل هو ميزة تنظيمية في طريق العدالة قُصد به عدم الإضرار بالورثة إذا زادت ديون التركة عن حقوقها . إذ القول بخلاف ذلك ــ أي بانتقال ديون الميت الى ورثته ومسئوليتهم عن سدادها ولو تجاوزت حدود التركة ــ فيه من الإضرار بالورثة ما يتجاوز حدود المنطق والعدالة .

٢) ــ وقد كان القانون الروماني يقرر انتقال ديون المتوفَّى الى الوارث ولو تجاوزت حدود التركة ، على اساس ان الوارث يأخذ مكان المتوفَّى ويحل محله في جميع شئونه من اشياء مادية واشياء معنوية ومن حقوق له وحقوق عليه ، لاعتباره وارثاً لشخصية المتوفَّى ، لا وارثاً لأموال المتوفَّى[1] ، فالقانون الروماني الذي استمر قروناً طوالاً تحت السلطان الروماني قد عرف انتقال الحق وانتقال الدَين بسبب الموت في وقت واحد ، ولم يسر في ذلك على سُنة التطور التي افترضها الدكتور السنهوري ، فلم يتقبل الانتقال بطريق الحوالة لا في الحق ولا في الدَين .

أما الشريعة اليهودية فإنها تُخيِّر الوارث بين قَبول الميراث أو رفضه ، فإذا قبله صار مسئولاً عن جميع ديون المورث ولو تجاوزت أموال التركة ، أما إذا رفض الميراث أي تنازل ، عن حقه فيه ، فلا يكون مسئولاً عن ديون التركة[2] .

٣) ــ ثم إن النظم القانونية الحديثة قدتطورت الى تخيير الوارث بين ثلاثة مواقف :

ــ فإما أن يقبل الميراث بلا شرط ولا قيد ، فيلتزم حينئذ بدفع ديون التركة مهما بلغت ولو زادت عن قيمة الميراث .

ــ وإما أن يرفض قبول الميراث ، فلا يلتزم حينئذ بأي ديون في التركة ، ولكنه في الوقت نفسه يُحرم مما قد يكون في التركة من زيادة عن الديون .

ــ وإما أن يقبل الميراث بشرط الاستفادة بالحصر ، بمعنى أن قيمة التركة متى زادت عن ديونها أخذها الوارث ، فلا يجب عليه دفع دَين فيها أزيد من

(١) الوجيز في الحقوق الرومانية للدواليبي ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ م ١٣٣/١

(٢) «المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الاسلامية الغراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى» . لمؤلفه محمد حافظ صبرى صفحة ٢٦٥ ــ ٢٦٨ .

قيمتها ،فإن استغرقتها الديون تركها للدائنين بلا رجوع عليه بأي شيء .

وهذا الخيار الذي تعطيه الوارثَ التشريعاتُ الحديثة (الفرنسي والسويسري واليوناني وغيرها) إنما هو للتخفيف من ضرر المبدأ الروماني في التزام الوارث بديون المورث مهما بلغت .

والذي يتضح من هذا هو أن تطـور التشريع الوضعي في الميراث يسير في الاتجاه الذي رسمته الشريعة الإسلامية من أول يوم حتى لايُضارُّ الوارث بتحمل ديون المورِّث الزائدة عن التركة[1] .

وهكذا يتبين أن بقاء الدَين في التركة حتى تقوم بسداده وعدم انتقاله الى الوارث ليس قصورا في الشريعة عن تصور إمكان انتقال الدَين (كما يوحِي به اعتباره بداية تطور) ، وانما هو تنظيم مقصود لحكمة رآها المشرع كما أسلفنا .

(١) يجوز للوارث (ولغيره)ـ في الشريعة الاسلامية ـ أن يتبرع بتحمل ديون الميت تبرعاً مبتدأ لااستمراراً لالتزام الميت .

الملحق الثاني

بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة

تمهيـــد

٣٤٨ـ يشعر المسلم المعاصر بحاجـة الى معرفة رأي الشريعة الإسلامية في كثير من المعامـلات المستحدثة التي لم تكن على عهد الفقهاء الأوائل ، والتي تبقى نتيجة لذلك محل استفهام : أهي مشروعة أم غير مشروعة ؟ وفي حالة عدم مشروعيتها : ماذا يلزم من التعديل في أحكامها حتى تصبح مشروعة ، أو ما هو البديل الذي يحل محلها للوفاء بحاجات العصر المتزايدة المتجددة ؟ .

وفكرة هذا الملحق أن نعالج بالبحث ماكان من هذه المعاملات ذا صلة أو اشتباه بالحوالة من قريب أو من بعيـد ، ومحاولةُ تطبيق أحكام الحوالة الشرعية أو عقدٍ شرعي آخر عليها ، لمعرفة ما إذا كان من الممكن تخريجها على أساس من التعاقد المشروع في الاسلام .

على انه ينبغي ان ننبه الى أن الأصل في المعاملات ـ بخلاف الحال في العبادات ـ أن المسلمين في سعة من إبـرام ما يرونه صالحاً لمعاملاتهم من العقـود والاتفاقات ، مالم يصطدموا بدليل شرعي مانع .

وعلى هذا الأساس تكون محاولتنا هذه لمجرد إلقاء الضوء على بعض المعاملات المستحدَثة بغيةَ تأصيلها وتصنيفها : فما كان منها صورة جديدة للحوالة الشرعية ، ضُمَّت الى صورها القديمة ، وما كان عقداً جديداً لامانع منه شرعاً نبهنا فيه الى ذلك .

ولا نعني بالجديد مالايدخل تحت عقد من العقود السالفة أصلاً ، فهذا مستبعد ، لأن الأولين قد استوعبوا أصناف عقود المعاملة التي تتعلق بها حاجة المجتمع ، وميزوا بين الصحيحة والفاسدة ، وحصروها حصراً دقيقاً مستوعِباً لايمكن الاستدراك عليه . وإنما نعني بالجديد مالو بحثناه لوجدناه مركَّباً من عقدين أو عدة عقود ، أو مركباً من عقود وأعمال متممة ، بحيث لايمكن دخوله تحت عقد واحد من العقود السالفة . فمثل هذا جدير بإفراده بالبحث تحت الاسمِ العُرفي الحادث ، أو اسمٍ مناسب يُستحدَث ، وبأن تُنظر موادُّه مادّةً مادّةً ، ويُكشف النقاب عن موافقتها للشرع أو مخالفتها ، وإمكان تعديلها أو عدم إمكانه .

ومحاولتنا هذه هي محاولة جديدة بالنسبة للقانونيين أيضاً ، إذْ إن هذه المعاملات الجديدة قد نظمتها نصـوص خاصة في القوانين خـلاف النصوص العامة عن الحوالة وغيرها ، ولم يسبق أن حاول علماءُ القانون ـ في حدود علمنا ـ تأصيل الأحكام الخاصة بهذه المعاملات في ضوء الأحكام العامة ، وتخريجها على أساس عقد الحوالة أو غيرها

وينبغي ـ أخيراً ـ أن ننبه الى أننا لم نحاول في هذا الملحق استقصاء جميع المعاملات المعاصرة ذات الصلة بالحوالة ، نظراً لكثرتها ولاختلاف موقف التقنينات الحديثة نفسها منها بين دولة وأخرى .

٣٤٩ - ولا يفوتنا أن نشير الى أن هذا الملحق هو أكثر أجزاء موضوع الحوالة حاجةً الى تعرُّف آراء الأساتذة المختصين سواءٌ في ذلك أساتذة الشريعة وأساتذة القانون والمشتغلون به . هذا ، وإن كل ملاحظة أو رأي أو تصحيح هو محل ترحيب لدى إدارة الموسوعة .

وغنيٌّ عن البيان - بعد هذا الإيضاح - أن ما يتضمنه هذا الملحق من آراء شرعية ، سلبية أو إيجابية ، ومن تخريجات فقهية ، كلُّه من قبيل الآراء الشخصية الاجتهادية التي تمت دراستها هنا في إدارة الموسوعة . ولذلك رُوعي فصلها عن صلب موضوع الحوالة بملحق مستقل تمييزاً للفقه المنقول في متن موضوع الحوالة عن الآراء الشخصية ، وفقاً لخطة الموسوعة المقررة .

٣٥٠ - وفيما يلي بيان المعاملات المستحدَثة التي نتناولها بالدراسة هنا :

١ - التحويلات المَصْرِفية والبريدية .

٢ - السُفتَجة القانونية (أو الكمبيالة في اصطلاح بعض البلاد) .

٣ - الشيك (السحب على الحساب الجاري) .

٤ - تظهير الأوراق التجارية .

٥ - تظهير أوراق البضائع .

٦ - الخصــم .

٧ - الاعتمــاد المستَنَدي .

٨ - حوالة حقوق الذمة المالية في القانون .

(اولا)

التحويلات المصرفية والبريدية

الوضع القانوني :

٣٥١ - التحويلات المصرفية نوع من الخدَمات التي تقوم بها المصارف في العصر الحاضر ، وتتم بإحدى طريقتين :

أ) - أن يدفع شخص مبلغاً الى المصرف طالبــاً تحويله الى من يسميه في بلد آخر ، وذلك بأن يقوم المصرِف بتحرير سند يُسمَّى في العرف المَصرِفي « حوالة » ، ويتضمن أمراً من هذا المصرف الى مصرف آخر - فرعيٍّ له أو عميل أو وكيل له - في بلد آخر بأن يدفع إلى شخص معيَّن (قد يكون هو الشخص طالب التحويل نفسه أو شخصاً آخرَ) مبلغاً محدَّداً من النقود . ويتسلَّم الشخص الطالب السند بيده ، ثم يُقدِّمه - بنفسه إن كان هو المستفيد من السند - الى المصرف الآخر في البلد الآخر ليقبض المبلغ المحدَّد به ، أو يُرسل السند إلى الشخص المستفيد منه - إن كان شخصاً آخرَ - ليقبض المبلغ .

ب) - والطريقــة الثانيــة أن يتولّى المصرفُ الآمِرُ - بناءً على رغبة الطالب - الكتابة أو الإبراق مباشرة الى المصرف الآخَر ، وتتم العملية دون أن يتسلم الطالب أو المستفيد السند بيده .

وفي كلتا الحالتين نكون أمام ثلاثة أطراف أو أربعة :

١) طالب التحويل .

٢) المستفيــد ، إن لم يكن الطالب نفسه هــو المستفيــد .

٣) المصـرف الآمر .

٤) المصرف الدافع .

وكما يقع التحويل المصرفي من بلد الى آخر ،يقع في داخل البلد الواحد من شخص الى آخر ، كما قد يقع من حساب الشخص لدي المصرف الآمر الى حسابه نفسه في مصرف آخر في البلد ذاته .

وهذا التحويل تقوم به كذلك إدارة مصلحة البريد بين فروعها المختلفة وتنطبق عليه جميع أحكام التحويلات المصرفية .

الوصف (التكييف) الفقهي الإسلامي :

٣٥٢ـ سبق أن أشرنا في بحث « السفتجة » (ف/ ٣٢٥ ومابعدها) الى وجه الشبه إجمالاً بين السفتجة القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة . ولبيان ذلك تفصيلاً ينبغي التنبّه إلى أن السفتجة القديمة قد أجازها بعض الفقهاء (على الرغم من الشرط الذي يستفيد به المُقْرِض الأمان من خطر الطريق ، وهو شرط التوفية في بلد آخَر) . فهي وسيلة أُجيزت لشدة الحاجة إليها ولم يَحُلْ دون جوازها اشتراطُ الوفاء في بلد آخَر . تلك وجوه الشبه أشرنا إليها إجمالاً هناك ، لكن الناظر إلى هذه التحويلات الحديثة وإلى السُفتجة القديمة يرى بينهما فرقاً من جهات أربع :

الجهة الأُولى : أن السُفتجة القديمة لابُدَّ أن تكون بين بلدين ، والتحويل المصرفي تارةً يكون كذلك وتارةً يكون بين مصرفين في بلد واحد .

الجهة الثانية : أن السُفتجة القديمة قـد يكون المقترِض فيها مسافراً أو عازماً على السفر ، فيوفي هو نفسه او نائبه الى المقرِض أو الى مأذونه . والتحويل المصرفي ليس فيه ذلك ، فالمَصـرِف الأول وهو المقترِض لا يوفّي بنفسه إلا اذا كان المصرف الثاني الدافع فرعاً للأول .

الجهة الثالثة : أن المفروض في السُفتجة القديمة اتحادُ جنس النقد المدفوع عند العقد والمؤدّى عند الوفاء . فالآخذ في السُفتجة اذا أخذ دنانير من نوع مخصوص وفاها كذلك ، وإذا أخذ دراهم من نوع مخصوص وفاها كذلك ؛ فإنهم عرّفوا السفتجة بأنها قرض (وقد تتوافر معه فيها عناصر الحوالة) . فلو كانت التأدية بنوع آخر لما كانت قرضاً ، لأن القرض لابد فيه من رَدّ المِثل .

والتحويل المصرفي لا يقتصر على هذه الحالة ، فإن المصرف في أغلب الأحيان يأخذ نقوداً من نوع ويكتب للمصرف الآخَر أن يوفّي من نوع آخر . وهذه المعاملة ليست قرضاً محضاً ، بل تشتمل أيضاً على صرف أو شبهه على ما سيأتي .

الجهة الرابعة : أن الآخذ في السُفتجة القديمة لا يتقاضي أجراً عادة ، اكتفاءً بأنه سينتفع بالمال في سفره أو إقامته ، فيربح ما يغنيه عن اشتراط أجر لعمـله . أما المصرف في التحويل المصرفي فيتقاضَي أجراً يُسمَّي : عُمولة[1] .

وفيما يلي سنتناول بالبحث والتمحيص كل جهة من جهات الفرق الأربع هذه بين السفتجة الفقهية القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة لنري مقتضاها

(١) بضم العين وهو لفظ مُوَلّد ، وفصيحه « العُمالة » بضم العين أيضاً ، ومعناها أجرة العامل . لكن أقر مجمع اللغة بالقاهرة كلمة العُمولة ، وعرّفها بأنها المبلغ الذى يأخذه السمسار أو المصرف أجراً له على قيامه بمعاملةٍ ما (كما يؤخذ من المعجم الوسيط) .

في الأحكام بالنظر الفقهي الإسلامي :

٣٥٣ ـ الفرق الأول : كون السُفتجة لاتتم إلا بين بلدين ، والتحويل قد يتم بين مصرفين في البلد الواحد .

هذا الفرق لاتأثير له في الحكم الشرعي بالجواز ، فإن الذين أجازوا السُفتجة بين بلدين يجب أن يُجيزوا ما يشبهها بين مكانين في بلد واحد . بل هذه أقرب الى الجواز ، لأن اشتراط الوفاء في بلد آخر كان هو العِلَّةَ التي جعلت بعض الفقهاء يُكَرِّهون السُفتجة أو يُحرّمونها . فإذا أجازها المحققون مع وجود هذه الشبهة فإجازتها مع قرب المكانين أولى ، لأن المقرض حينئذ لايستفيد سقوط خطر الطريق ، فلا يُتوهم أنه قرضٌ جَرَّ نفعاً .

٣٥٤ ـ الفرق الثاني : كون السُفتجة القديمة تشمل صوراً مغايرة للتحويل المصرفي . هذا الفرق أيضاً لاتأثير له ، لأن الذين أجازوا السفتجة لم يخصّوا الجواز بهذه الصور المغايرة ، فيكفي أن يكون التحويل موافقاً للصور الأُخرى من السُفتجة . فالقائلون بجوازهذه الصور ينبغي أن يقولوا بجواز التحويل الموافق لها .

٣٥٥ ـ الفرق الثالث : كون السُفتجة تجري بنقد واحد ، أما التحويل المصرفي فقد يجري بنقد واحد ، وقد يكون بين جنسين من النقود .

هذه جهة فرق جديرة بعناية الباحث ، لأن لها تأثيراً ، وتحتاج الى شيء من التحليل والتفصيل :

فالتحويل بين مصرفين في بلد واحد أو دولة واحدة إنما يكون بنقد الدولة غالباً فيكون كالسُفتجة القديمة بعد اعتبار أن المصرف شخصية اعتبارية . فما قيل في تطبيق السُفتجة على المعاملات الشرعية المعروفة يقال في تطبيق هذا النوع من التحويل فهو قرض وتوكيل ، أو قرض وحوالة . والتحويل بين مصرفين في دولتين لايمكن أن يكون بنوع واحد من النقد غالباً ، فالذي يريد تحويل دنانير عن طريق مصرف فى الكويت الى مصرف فى لبنان مثلاً لابد أن يطلب التحويل الى ليرات لبنانية بسعر الصَرف وقت التحويل [1] . وهذا يستدعي ثلاث خطوات ذات أحكام ، وسنشرحها فيما يلي مبيّنين وصفها الفقهي خطوة خطوة :

٣٥٦ ـ أولاً أن يتقدم إنسان للمصرف ويطلب تحويل النقود إلى مصرف آخر :

وهذا تمهيد لعقد التحويل ، ويُبيَّن فيه عادة مقدارُ النقود ، وهل يُقصد تحويلها الى نقود من جنسها أو من غير جنسها ؟ وبيان المصرف الذي يراد التحويل اليه ، وبيان الشخص الذي سيقبض البدل من المصرف الآخر أهو طالب التحويل أم غيره ؟

٣٥٧ ـ (ثانياً) قيام الطالب بدفع النقود الى موظف المصرف :

وهذا بعد سبق الطلب المبيَّن يعتبر إيجاباً للتحويل الذي يُعدُّ قرضاً إن كان المقصود التوفية بمثله من جنسه : فالدافع مُقرِض والآخذ مقترِض من المصرف ،

(١) عرّف الاقتصاديون سعر الصرف بأنه نسبة مبادلة نقد بآخر . فإذ قلنا إن سعر صرف الدينار الكويتي والليرة اللبنانية : ١ دينار = ٩ ليرات لبنانية ، كان معنى هذا أن الدينار الواحد يتبادل في السوق بما يساوى تسع ليرات . ر : مقدمة في العلاقات الاقتصادية الدولية للدكتور محمد زكي شافعي ص ٥٠ ـ ٥١ الطبعة الثالثة ١٩٧٠ مطبعة دار النهضة العربية ببيروت.

والدفع إيجاب ، والأخذ مع ما بعده قبول ، والمال المدفوع هو محلّ العقد ، و كذلك المِثْل الذي يلتزم به المقترض مُعطِي الصك فإنه العِوَض .

فهذا القرضُ المستوفي لمقوّماته عقد صحيح جائز شرعاً حيث خلا من الموانع الشرعية ، وما يُتخيَّل مانعاً وهو العُمولة سيأتي الكلام عليه (ر : ف/٣٦٢)

وأما إن كان المقصود التوفية بنقد من جنس آخر فهو صرف ، ومن شرائط صحة الصرف التقابض ولا تَقابضَ في هذا الصرف ، فيلتحق بالربا لعدم التقابض ، هذا إذا اعتبرنا الأوراق النقدية نقوداً وضعية . وأما إذا اعتبرت سندات على الجهة التي أصدرتها بالقيمة المذكورة فيها من الذهب ، فإن معاملة التحويل المذكورة بين جنس منه وجنس آخر تعتبر بيع دَين بدَين دون قبض أصلاً في مجلس العقد ، لأن ما تم تسليمه من أحد الجانبين هو سند (صك) بمبلغه ، وليس نقداً ، فهل من حل؟

٣٥٨ ـ فنقول جواباً عن ذلك :

١) ـ إننا نعتبر الأوراق النقدية المذكورة من قبيل النقود الوضعية لا من قبيل الأسناد المعترف فيها باستحقاق قيمتها على الجهة التي أصدرتها من دولة أو مصرف إصدار ، وإن كانت هذه الصفة الأخيرة هي أصلها ومنطلق فكرة إحلال الأوراق النقدية المعروفة بين الناس باسم (بنكنوت) محل النقود الذهبية والفضية في التداول أخذاً وعطاءً ووفاءً . ذلك لأن صفة السندية فيها قد تُنوسيت بين الناس في عرفهم العام ، وأصبحوا لايرون في هذه الأوراق إلاَّ نقوداً مكفولة حلّت محل الذهب في التداول تماماً ، وانقطع نظر الناس الى صفة السندية في أصلها انقطاعاً مطلقاً ، تلك الصفة التي كانت في الأصل حين ابتكار هذه الأوراق ، لإحداث الثقة بها بين الناس ، لينتقلوا في التعامل عن الذهب إليها حين يعلمون أن لها تغطيةً ذهبيةً في مركز الإصدار ، وأنها سندٌ على ذلك المركز بقيمتها مستحَقٌ لحامله يستطيع قبضه ذهباً متى شاء .

هذا أصلها ، أما بعدَ أنْ أَلِفها الناس وسالت في الأسواق تداولاً ووفاءً من الدولة وعليها وبين الناس ، ولَمَس المتعاملون بها مزيتها في الخفة وسهولة النقل ، فقد تُنوسِيَ ـ كما ذكرنا ـ فيها هذا الأصل السَنَدي ، واكتسبت في نظر الجميع واعتبارهم وعرفهم صفة النقد المَعْدِني وسيولته بلا فرق . فوجب لذلك اعتبارها بمثابة الفلوس الرائجة من المعادن غير الذهب والفضة ، تلك الفلوس التي اكتسبت صفة النقدية بالوضع والعرف والاصطلاح ، حتي إنها ، وان لم تكن ذهباً أو فضةً ، لَتُعتبر بحسب القيمة التي لها بمثابة أجزاء للوحدة النقدية الذهبية التي تسمي : ديناراً ، أو ليرة ، أو جنيهاً ذهبياً ، بحسب اختلاف التسمية العرفية بين البلاد للوحدة من النقود المسكوكة الذهبية . هذا حال الفلوس الرائجة من المعادن المختلفة غير الذهب والفضة بالنظر الشرعي ، وهو الصفة التي يجب إعطاؤها في نظرنا للأوراق النقدية(البنكنوت) . فتبديل جنس منها ، كالدينار الكويتي الورقي أو الليرة السورية أو اللبنانية مثلاً بجنس آخر كالجنيه المصري أو الاسترليني أو الدولار الأمريكي مثلاً ، يعتبر مصارفة كالمصارفة بين الذهب والفضة والفلوس المعدنية الرائجة على سواء .

والقاعدة الفقهية في هذه المصارفة أنه عند

اختلاف الجنس يجوز التفاضل في المقدار بين العوضين ، ولكن يجب التقابض في المجلس من الجانبين ، منعا للربا المنصوص عليه في الحديث النبـوي .

وبهذا التخريج يُستبعد اعتبار عملية التحويل المصرفي بين جنسين من هذه الأوراق من قبيل بيع الدَين بالدَين ، وانما هي مبادلة بين نقود ونقود فيها تحويل وصرف في وقت واحد .

٢)ـ بناءً على ما سبق نقول : إن اعتبار الأوراق النقدية كما ذُكر (نقوداً وضعية اصطلاحية) يقتضي في التحويل من جنس الى جنس آخر منها أن يتم تقابض العوضين في مجلس التحويل ، نظراً لأن هذا التحويل بين جنسين من هذه النقود يتضمن مصارفة ، والصَرف يشترط لصحته التقابض . وهذا يقتضي أن يدفع طالب التحويل الى المصرف الأوراقَ النقدية التي يحملها ، وأن يصرفها بالأوراق النقدية من الجنس الآخر المطلوب ويقبضها بالفعل من المصرف ، ثم يسلمها اليه قرضاً ليوفيه في البلد الآخر من هذا الجنس الثاني ، أي يجب حينئذ فك عملية التحويل بين جنسين مختلفين من هذه الأوراق الى عمليتين : مصارفة أولاً يقع فيها التقابض ، وسُفتجة ثانياً يدفع فيها مبلغ من جنس ويستوفى نظيره من الجنس نفسه في البلد الآخر .

هذا مايستوجبه في الأصل عنصر المصارفة في عملية التحويل المصرفي بين جنسين ، ولكن هذه التجزئة العملية لاتقع فعلاً بين طالب التحويل والمصرف الوسيط ، وإنما يدفع طالب التحويل الى المصرف المبلغ المطلوب تحويله من نقود البلد الذي هو فيه ، فيقوم المصرف بتسليمه إيصالاً به مع صَكّ (شيك) يتضمن حوالة على مصرف عميل في البلد الآخَر بمبلغ يعادل هذا المبلغ من نقود البلد المطلوب التحويل إليه ، فيرسل طالب التحويل هذا (الشيك) الى الشخص المحوَّل باسمه (والذي حرر الشيك لأمره) ليقبضه هناك من المصرف المحوّل عليه .

فإذا نظرنا الى أن الشيكات تعتبر في نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمثابة النقود الورقية ، وأنها يجري تداولها بينهم كالنقود تظهيراً وتحويلاً ، وأنها محمية في قوانين جميع الدول ـ من حيث إن سحب الشيك على جهة ليس للساحب فيها رصيد يفي بقيمة الشيك المسحوب يُعتبر جريمة شديدة تعاقب عليها قوانين العقوبات في الدول جميعاً ـ إذا نظرنا الى هذه الاعتبارات يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط شيكاً بقيمةِ ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس ، أي إن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه ، فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية في التقابض)[1] .

٣٥٩ـ (ثالثاً) إعطاء المصرف لطالب التحويل صَكّاً (شيكاً) بالمبلغ المطلوب :

فهذا الإعطاء اما أن يكون مسبوقاً بإعطاء النقود

(١) هذ وفي بعض الأحيان يخلو التحويل عن هذه الخطوة فلا يدفع الطالب نقوداً ، بل يطلب من المصرف تحويل مقدار من النقود فيعطيه الموظف صكّ التحويل (الشيك) بناء على أنه عميل وله في المصرف حساب جارٍ ، وفي أغلب الأحيان يكون الحساب المذكور دائناً للمصرف ، فيستوفي المصرف منه المبلغ المطلوب تحويله ، وأحياناً لا يكون الحساب دائناً أو لا يكون لطالب التحويل لدى المصرف حساب ، ولكنه يثق بطالب التحويل أنه سيدفع المبلغ فيما بعد . وسيأتي حكم إعطاء الصك (الشيك) في حالتَي الدفع مقدما وعدمه .

أو غير مسبوق كما تقدم في الخطوة الثانية . وأيّاً ما كان فهو من تتمة قبول التحويل الذي هو عملية مركبة . لكن لو لاحظناه على انفراد لكان له وصف شرعي يختلف بحسب سبقه بدفع النقود وعدم سبقه بذلك :

٣٦٠ – (أ) فإن كان مسبوقاً بإعطاء النقود التي اعتبرت مقترَضة احتمل كونه حوالة أووكالة :

وتصوير الحوالة أن يقال : إن المصرف الذي أصبح مديناً بدَين القرض قد أحال دائنه – الذي أعطى النقود وأصبح مُقرِضاً – على المصرف الآخر ليدفع الدَين الذي هو بدل القرض إلى ذلك الدائن ، أو الى الشخص الذي عيّنه وكتب اسمه في الصكّ .

وتصوير الوكالة أن يقال : إن المصرف الآخذ قد وكل المصرف الثاني في دفع المبلغ المذكور في الصك الى من ذكر اسمه فيه ، سواءٌ أكان هو الطالب أم الشخص الآخر الذي عينه . وهذا التوكيل مُصرَّح في الصك بما يدل عليه ، وإنما سُلِّم هذا الصك لطالب التحويل تمكيناً له من استيفاء حقه .

وان اعتبار ذلك وكالة بهذا التصوير الثاني هو الأقرب . وعليه يكون وكالة جائزة شرعاً ، وتكون عمليةُ التحويل مركبةً من قرض ووكالة إذا استوفى المحول بنفسه ، أو من قرض ووكالتين إذا كان المستوفي هو الشخص الآخر الذي عينه المحوِّل فهو وكيله في الاستيفاء .

وإنما قلنا إن تقدير الوكالة هنا أقرب من تقدير الحوالة ، لأن الحوالة الشرعية ثمرتها براءة ذمة المحيل من الدَين ، وليست للتحويل المصرفي هذه الثمرة ، لأنَّ المصرف الآخذ يبقى مديناً بدَين القرض ولا يبرأ منه إلا بتوفية المصرف الآخر .

يضاف الى ذلك أن المصرف الثاني قد يكون غير مدين للمصرف الأول ، فلا يصح أن يكون محالاً عليه شرعاً عند الجمهور (الا على اساس الحوالة المطلقة عند الحنفية ومن معهم) وإن الوكالة خالية من هذين الإشكالين ، فالتخريج عليها يكون أولى وأرجح .

غير أنه قد يقال : إن الوكالة يجوز فيها رجوع الموكِّل ورجوع الوكيل ، وهذان الأمران ليسا من صفات التحويل المصرفي .

وجواباً عن هذا الإيراد نقول : إن الوكالة هنا ليست عقداً منفرداً معقوداً بصورة مقصودة مباشرة ، وإنما حللنا إليها عقد التحويل الذي هو عقد مركب من إقراض وشرط ، وهذا الشرط ينحل الى وكالة ، فهي وكالة مشروطة من جانب طالب التحويل ، فتكون وكالة تعلَّق بها حق الغير فلا يجوز رجوع الموكل فيها ولا الوكيل بعد القبول . (ر : المجلة/ ١٥٢١و١٥٢٢) . ومن جهة أخرى يُلحظ أيضا ان المصرف قد استوفى عُمولة على هذه العملية ، فهي وكالة بأجر ، فلا يجوز الرجوع فيها .

٣٦١ – (ب) وإن لم يكن إعطاء الصَك مسبوقاً بدفع المبلغ المطلوب تحويله فلذلك حالتان :

الحالة الأولى) – أن يكون للطالب في المصرف حسابٌ جار دائن :

١) – فإن كان المطلوب تحويل النقود الى نقود من جنسها ، كدنانير كويتية الى دنانير كويتية ، فحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلاً من المصرف للطالب بقبض المبلغ المبيَّن في الصَك ، ليستوفيه من الدَين الذي له على المصرف . وقد استغني عن

تقدير القرض لأن الدَين السابق قام مقامه .

٢)- وإن كان المطلوب التحويل الى نقود من غير جنسها ، كدنانير كويتية الى ليرات لبنانية أو غيرها ، كان طلب التحويل إيجاب مصارفة بين بعض النقود التي للطالب في حسابه الدائن لدى المصرف والمبلغ المطلوب من النقود الأُخرى ، وكان تسليم الصك (الشـيك) للطالب قَبولاً للمصارفة وتوكيلاً من المصرف بالقبض قام مقام التقابض الواجب شرعاً في مجلس عقد الصرف لأن هذا الصك (الشيك) عُرفاً في حكم النقد (كما سبقت الاشارة اليه ف / ٣٥٨) .

الحالة الثانية)- ألا يكون للطالب في المصرف حساب دائن :

فإن كان يريد تحويل النقود إلى نقود من جنسها كان الطلب التماساً للتوكيل في القرض ، كأنه يقول للمصرف : التمس منك أن توكِّل المصرف الثاني في دفع مبلغ كذا إليَّ أو إلى فلان ليحتسب قرضاً لك عليَّ . وحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلاً للمصرف الثاني أن يدفع للشخص المعيَّن في الصك المبلغ المبيَّن مقدارُه فيه . فإذا قام المصرف الثاني بالدفع الى هذا الشخص صار هذا المصرف الثاني دائناً للمصرف الأول بالمبلغ مالم يكن له ـ أي للمصرف الأول ـ عنده حساب دائن ؛ ويصير المصرف الأول دائناً لطالب التحويل مالم يكن قد قام بدفع المبلغ إليه قبل قيام المصرف الآخر بدفع مافي الصك .

وإن كان يريد تحويل النقود الى نقود من غير جنسها ـ والمفروض ان طالب التحويل ليس له في المصرف حساب دائن ،ولم يدفع النقود في المجلس ـ فحينئذ يُعدُّ طلب التحويل التماساً للتوكيل بالقرض (كما سبق بيانه) أي أن يقوم المصرف الأول بتوكيل المصرف الثاني في البلـد الآخَر بـأن يدفـع الى الطالب (أو الى من يُعيِّنه) المبلغ المطلوب من نقود ذلك البلد الآخر ، ليحتسب دَيناً على الطالب ، ويعتبر تسليم الصك الى الطالب قَبولاً وتنفيذاً للتوكيل بالإقراض ، فيصبح طالب التحويل مديناً للمصرف الأول بمبلغ الصَك من نقود ذلك البلد متى تم قبضه هناك ، ثم حين يوفي للمصرف قيمته من نقود الجنس الآخر (النقود المحلية) يعتبر ذلك الوفاءُ مصارفةً بين ما للمصرف في ذمته من النقود الأجنبية ،وما يوفيه الآن من النقود المحلية . ويتحقق بذلك شرط التقابض في بدلَي الصرف ، لأن أحدهما في الذمة مقبوض ، والآخر يُدفع الآن في مجلس الصرف .

٣٦٢ ـ الفرق الرابع والأخير بين السفتجة القديمة والتحويل المصرفي اليوم

: وهو أن المصرف يأخذ عُمولة من طالب التحويل مع المبلغ المطلوب تحويله ولا يوجد هذا في عملية السفتجة القديمة التي تكلم عنها الفقهاءُ .

فنقول في هذا الفرق : إن في هذه العُمولة إشكالا بحسب الظاهر ، لاسيما إذا قلنا إن العملية من قبيل القرض ، وقد نص بعض الفقهاء على أنه لايجوز في القرض اشتراطٌ يجرُّ نفعاً للمقترِض ، كما لايجوز اشتراط يجر نفعاً للمُقْرِض .

لكن شرط جَرّ النفع للمُقرِض يُعتبر رِباً ، وشرط جَرِّ النفع للمقترِض يُعتبر زيادة إرفاق من المقرض للمقترِض ، فيكون وعداً حسناً ، ولا يلزمه تنفيذه اكتفاءً بأصل الإرفاق .

على أن بعض الحنابلة[1] أجازوا في القرض اشتراطَ دفع المقترِض أقلَّ مِمّا أخذ ، كما لو قال : أُقرضك مائة دينار على أن تردَّها اليَّ تسعةً وتسعين ، فيجـوز ذلك لأنه زيادة إرفاق بالمقترِض ، وقد التزمه المقرِض فيلزمه . وليس للإرفاق حد يجب الوقوف عنده ، ولا سيما أن هذا الشرط مضادٌّ للرِبا . ففي التزامه تأكيد التبرِّي من الرِبا . فهذا القول عند الحنابلة جيِّد جِدًّا ، ويسعف في تخريج العُمولة عليه .

ثم إن بين المعاملات التي يقـــوم بها الأفراد والمعاملات التي تقوم بها المصارف فرقاً شاسعاً ، فالمقترِض في السُفتجة القديمة لايقوم بعمل للمقرِض ولا يتحمّل مئونة ، لأنه إن كان مسافراً فهو مسافر لحاجة نفسه ، وغالباً ما يتجر في بلده أو في طريقه أو في البلد الذي يصل إليه ، وقد أصبح المال الذي اقترضه ملكاً له ، فأرباحه كلها تخصه ، وما صنع شيئاً للمقرِض سوى كتابته الصَك ، ثم توفية الدين له أو لصديقه مثلاً .

أما المصرف الذي اعتبر مقترضاً في عملية التحويل فيختلف عن المقترِض في السُفتجة ، فهو شخصية اعتبارية تجمع موظفين وعمالاً يتقاضَون رواتب شهرية غير مرتبطة بالعمل قِلّةً وكثرةً ، ويتخذ مقرّاً مجهَّزاً بأثاث وأدوات وآلات كثيرة لاستقبال العملاء وقضاء حاجاتهم .ثم إن العملية ليست كتابة ورقة فحسب وإنما هي إجراءات كثيرة ، ذات كلفة مالية . فلو لم يأخذ عُمولة لما استطاع تغطية النفقات الطائلة التي ينفقها . فاشتراط العمولة محقِّق للعدالة ومتفق مع أصل التشريع الإسلامي ، وليس هناك نص أو إجماع على منع مثل ذلك .

النتيجـة :

٣٦٣ - والنتيجة التي تستخلص من كل ما سبق من كلام عن التحويلات المصرفية اليوم هي أن التحويل المصرفي أو البريدي عملية مركبة من معاملتين أو أكثر ، وهو عقد حديث ، بمعنى أنه لم يجرِ العمل به على هذا الوجه المركب في العهود السابقة ، ولم يدل دليل على منعه . فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصلُه ، بقطع النظر عمّا يحيط به من موادَّ قانونيةٍ يجب لمعرفة حكمها استقصاؤها تفصيلاً ودراستها للحكم فيها .

وعسى أن يكون ما أوضحناه الآن هنا فتحاً لباب بحثٍ تامٍ شامل في هذه المعاملة وأمثالها بما ألقيناه عليها من الضوء . والله الموفق .

(ثانيا)

السفتجة الحديثة فى القانون[2]

الوضع القانوني :

٣٦٤ - السُفتجة في التعبير القانوني العرفي اليوم هي أمر مكتوب بكيفية خاصة من شخص يُسمَّى

(١) الإنصاف ٥ / ١٣٣ .

(٢) تُعرّف في القانونين السورى واللبنانى وفي مشروع الجامعة العربية بهذا الاسم « سُفتجة » أو سند السحب . ؛ وتُعرّف في القانون المصرى والليبي باسم « كمبيالة » ، وتُعرّف في القانون العراقي باسم « بوليصة » (الالتزام المصرفي في قوانين البلاد العربية للدكتور أمين محمد بدر ٢١)

أما السند (في القانون المصرى) أو السند لأمر فيسمّى في القانون العراقي « الكمبيالة » وكذلك يطلق عليه في العامية المصرية والسورية لفظ « الكمبيالة » .

(أمين بدر ٢١) . هذا ، وقد اخترنا هنا التعبير بالسفتجة تبعاً للقانونين السورى واللبنانى .

ويلحظ هنا أن السُفتجة بهذا المفهوم العرفي المعاصر خلاف =

الساحب الى شخص آخر يُسمَّى المسحوب عليه ، بدفع مبلغ معيَّن من النقود في تاريخ معيَّن أو قابل للتعيين لأمرِ شخصٍ معيَّن يسمى المستفيد (أو لحامله دون تعيين ، كما في بعض القوانين) . وقد تكون الأشخاص في عملية السحب هذه أشخاصاً طبيعية ، أو اشخاصاً اعتبارية كالمصارف .

والغالب أن يكون المسحوب عليه مَديناً للساحب بما يكفي للوفاء ، ويسمي « مقابل الوفاء » ، وأن يكون الساحب مَديناً للمستفيد (أو الحامل) ، ولكن لايتحتّم هذا ولا ذاك[1] .

والرأي الراجح أنَّ الوديعة العينية[2] التي للساحب لدى المسحوب عليه لاتصلح مقابل وفاء ، إذ يجب أن يكون المقابل ديناً نقدياً ، فلا تصبح الودائع العينية للمستفيد في ميعاد الاستحقاق ، بل تظل على ملك الساحب ، وله استردادها[3] .

وساحب السفتجة ـ بتوقيعه عليها ـ ملتزِم أن يدفع قيمتها لحاملها في ميعاد الاستحقاق ، هو وسائرُ الموقِّعين عليها بالتضامن ، اذا امتنع المسحوب عليه من الإيفاء[4] .

والمسحوب عليه إنما يقع التزامه الصرفي بالتوقيع على السُفتجة بالقَبول ، فمِن حينئذ يعتبر مديناً أصلياً مسئولاً ، مع الساحب وسائر الموقعين ، مسئولية تضامنية[5] .

وهذا التوقيع ـ بالقَبول ـ اختياري ، ولو كان المسحوب عليه مديناً للساحب ، إلا في حالات استثنائية ، ذلك لأنه قد يختار عدم القَبول تفادياً لآثار الالتزام الصرفي[6] . وليس للمسحوب عليه الرجوع بعد التوقيع على السُفتجة وتسليمها لحاملها أما قبل تسليمها للحامل فله الرجوع[7] .

الوصف (التكييف) الفقهي الإسلامي :

٣٦٥ ـ سحب السفتجة إذاً من مَصرِف على آخر لمصلحة شخص ثالث هو حوالة من وجهة النظر الإسلامي ، مديناً كان المسحوب عليه للساحب أم لا ، عند الحنفية وموافقيهم ، لأنهم لايشترطون مديونية المحال عليه للمحيل ، إلا أن نفاذها يتوقف عندهم على قَبول المسحوب عليه .

على أن جمهور أهل الفقه لايشترطون قَبول المسحوب عليه ، إذا كان مديناً بدَين السُفتجة لساحبها . وهذا كله إنما يتحقق إذا كان الشخص الذي سحبت السفتجة لأمره دائناً للساحب وإلا لم تكن حوالة لأن من شرط الحوالة كون المحال ، وهو هنا الشخص المسحوب لأمره ، دائناً للمحيل ،

ـ السُفتجة بمعناها المستعمل في كتب الفقه لتوقّي خطر الطريق والتي هي أقرب الى التحويلات المصرفية .
وقد تكلمنا في خاتمة موضوع الحوالة عن السفتجة بمفهومها وصورها القديمة عند فقهائنا الأولين . أما هنا فنعرض صورتها العرفية ـ الحديثة ـ محاولين تخريجها في الفقه الإسلامي إن أمكن . والسُفتجة بالمعنى المستعمل هنا هى ما يعرف في اللغة الفرنسية باسم Lettre de change أو traité ، ويعرف في اللغة الانجليزية باسم draft إذا كانت داخل البلد الواحد ، وباسم bill of exchange إذا كانت بين بلدين مختلفين .

(١) أمين بدر ٢١ و ٢٣ والأوراق التجارية للدكتور على حسن يونس ٦ و ٢٩٧ .

(٢) المقصود بالوديعة هنا ما أودع سوى النقود ، لأن المقصود بإيداعها حفظ عينها فهى على ملك المودع وليس للوديع أن يتصرف فيها بخلاف ما يسمى ودائع من النقود ، فإن العرف المصرفي جرى على انها صورة من صور القرض ، كما سيأتي في بحث (الشيك) .

(٣) على حسن يونس ٢٩٥ .

(٤) على حسن يونس ٣٩٠ .

(٥) أمين بدر ٢٢ .

(٦) على حسن يونس ٢٦٢ .

(٧) على حسن يونس ٢٤٤ .

وهو هنا الساحب ، فإن لم يكن دائناً له كانت السُفتجة توكيلاً من الساحب للشخص في أخذ المبلغ المذكور ، ويمكن وصف السُفتجة فقهاً بأنها أمر أداء [١] على النحو الذي سنبينه عند الكلام عن التظهير . وسيجيءُ في بحث « الاعتماد المستنَدي » مزيد بيان بالنسبة لأمر الأداء .

(ثالثا)

الشيك (السحب على الحساب الجارى)

الوضع القانوني :

٣٦٦ – هو أمر مكتوب من شخص ، يسمى الساحب ، الى شخص آخر ، يسمى المسحوب عليه ، أن يدفع بمقتضاه وبمجرد الاطلاع عليه ، مبلغاً معيّناً من النقود ، لأمر أو لإذن شخص معيّن يسمى المستفيد ، (أو لحامله) .

والشيك ، إذا كان لأمرِ غيرِ ساحبِه ، يكون ورقة ثلاثية الأطراف ، ويشتبه عندئذ بالسُفتجة ، مع أن التفرقة بينهما ذات أهمية لاختلاف الأحكام القانونية بينهما : فمدة التقادم القانوني فيهما مختلفة ، وسحب الشيك بدون وجود رصيد للساحب لدى المسحوب عليه يفي به يُعتبر جريمة يستحق عليها الساحب العقوبة الجنائية المقررة ، وهي عقوبة مقصورة على ساحب الشيك دون السُفتجة . وقد حل قانون جنيف الموحد ، والتقنينات الناقلة عنه ، هذه المسألة بإيجاب تسمية المحرَّر لاسمه الخاص به في صلب الشيك ، كما حاولت التقنينات الأخرى – كُلٌّ على طريقته – التفرقة بينهما بالنص على وصول القيمة في السُفتجة دون الشيك [٢] ، أو بأن الشيك يسحب عادة على مصرف أو مؤسسة مشتغلة بأعمال المصارف ، وقَلَّما يسحب على غير ذلك [٣] ، وأنه يستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه ، ولا يضاف الى أجل [٤] ، وأن صحته تتوقف على وجود مقابل وفاء له ، بخلاف السفتجة في ذلك كله [٥] .

الوصف (التكييف) الفقهي الاسلامي :

٣٦٧ – إن العرف المصرفي قاضٍ بأن ما يسمى إيداع النقود في المصارف ليس إيداعاً حقيقة – أي استحفاظا لعينها – وإنما هو صورة من صور الإقراض [٦] يترتب عليها انتقال ملكية النقود الى المصرف المودَع لديه ، وله حق التصرف بها كما يشاء .

فلما كان الأمر كذلك يكون السحب على الحساب الجاري في المصرف من قبيل تقاضي دَين أو جزء منه . وهذا حق للمقرِض يباشره بنفسه إن شاء ، أو بمن ينوب عنـــه .

(١) بالمصطلح الشرعي .

(٢) أخذ القانونان المصرى والسورى بهذه التفرقة ، على أنه لامانع في القانون المصرى من أن يكون الشيك مبيّناً فيه سببه ، وإن جرى عمل المصارف على رفض الشيكات المسببة . والقانون السورى أوجب في السُفتجة ذكر كلمة (سُفتجة) في صلب الصكّ ، كما أوجب في الشيك ذكر كلمة (شيك) في صلب السند .

(٣) هذه التفرقة غير مطّردة فالسُفتجة أيضاً قد تسحب على مصرف

(٤) السُفتجة أيضاً قد تستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها .

(٥) محاضرة الصكوك المصرية لأمين بدر ٣ – ٤ وعلى حسن يونس ٣٤ و ٣٥ .

ولا يخفى أن هذه التفرقة الأخيرة والتى قبلها أيضا غير صالحتين لأنهما تفرقة في الحكم القانونى ، وهذا يتوقف على معرفة كونه شيكاً بعلامـــة ذاتيـــة .

(٦) ودائع البنوك والحسابات الجارية : محاضرتان للأستاذ نستور ريجا ١٩ .

وسيأتي في التظهير أنه تارة يكون حوالة ، وتارة يكون وكالة بالقبض .

وينبغي التنبيه الى أنه إذا اتفق ساحب الشيك والقابض على أن القبض كان نيابة عن الساحب أو حوالة منه فذاك ، وإن اختلفا أمكن التعويل على الصورة التي حُرِّر بها الشيك : فإذا كان مظهّراً تظهيراً تامّاً ، أو مسحوباً لأمر القابض ، فالمصدَّق مدعي الحوالة ، لأن الظاهر شاهد له باعتبار صورة الصك المحرر نفسه اي باعتبار صيغة العقد ، وإلا فبالعكس . هذا من بعض وجهات النظر في الفقه الاسلامي . ولكن هناك وجهات نظر أخرى منها ما هو أقوى وأسد . فليراجع في ذلك ماتقدم في مبحث (اختلاف المتعاقدين في أن المقصود بالحوالة وكالة) من مباحث ركن الحوالة . (ف/ ٩٧) .

(رابعا)

تظهير الاوراق التجارية

تمهيـــد :

٣٦٨ – أهم الأوراق التجارية : السُفتجة القانونية والشيك ، وسند الأمر . وقد سبق الحـديث عن السُفتجة والشيك . أما سند الأمر فهو تعهد مكتوب موقع عليه من شخص ، يسمى المحرِّر ، بدفع مبلغ معلوم من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين ، لأمر شخص معين باسمه . ويجوز في بعض التقنينات جعله لحامله .

ويتطلب التقنين المصري والسوري واللبناني النص فيه على وصول القيمة ، خلافاً لقانون جنيف الموحد[1] .

(١) أمين بـدر ٣٤ وعلي حسن ٩ .

وواضح أن سند الأمر ورقة ثُنائية ذات طرفين ، لاتتوقف – كالسُفتجة – على قَبول طرف ثالث . ويفترق عن الصكوك أو الأسناد العادية بأنه يُحرَّر لأمر شخص ، فيستطيع – بسبب كونه لأمره – تحويله لغيره بطريق التظهير الآتي بيانه .

ويأخذ سند الأمر أحكام السُفتجة ، مالم تتنافَ مع طبيعته[2] .

الوضع القانوني للتظهير :

٣٦٩ – التظهير هو بيان يكتبه حامل الورقة التجارية (ويسمى المظهِّر) على ظهرها ، أو على وصلة مرفقة بها ، لينقل بمقتضاه بعضَ أو كُلَّ الحقوق التي ترتبها له الى شخص آخر ، يسمى المظهَّر اليه . وهو ثلاثة أقسام :

١ – تظهير ناقل للملكية (ويُسمَّى التظهير التام) : وهو التظهير الذي ينقل حقوق الحامل كاملة .

٢ – تظهير توكيلي : وهو الذي يقصد منه تمكين المظهَّر إليه من تحصيل قيمة الورقة التجارية لحساب المظهر .

٣ – تظهير تأميني : وهو الذي يُقصد منه تقديم ضمان للمظهَّر إليه بحق له تجاه المظهِّر ، أو تجاه شخص آخر ، ويسميه بعضهم باسم :الرهن التوثيقي[3] .

– ولكل مظهَّر اليه أن يظهر لغيره مالم يُشرط عليه عدمه ، فإن شُرط عليه ذلك أُعفي الشارط من الضمان لمن تؤول إليهم الورقة بتظهير لاحق ، إذ إن هذا الشرط لايلغي حق التظهير . هكذا قرره

(٢) أمين بـدر ٣٥ .
ويسمى السند في اللغة الفرنسية billet à ordre .

(٣) أمين بـدر ٥٥ و٥٦ و ٧١ .

قانون جنيف الموحد ، والتقنينات المتابعة [1] .

هذا ، وإن للتظهير التام شرائط قانونية مفصلة في القوانين إذا لم تتوافر كان التظهير غير صحيح.

آثار التظهير التام :

٣٧٠ – يترتب قانوناً على التظهير التام ما يلي :

١ – نقل ملكية الورقة التجارية الى المظهَّر إليه .

٢ – صيرورة المظهر ضامناً الوفاء بالورقة التجارية على وجه التضامن مع الساحب أو المحرِّر وسائر الموقعين والضامنين .

٣ – التطهير من الدفوع ، أي حماية المظهَّر إليه الحَسن النية من الدفوع التي يملك المدين توجيهها الى كل متعامل بالورقة التجارية (وحسن النية هنا معناه عدم العلم بأسباب تلك الدفوع) .

٤ – تملك الحامل مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه ، بحيث ينفرد به دون سائر الغرماء إذا أفلس الساحب ، فليس لدائن آخر إيقاع الحجز عليه [2] .

الوصف الفقهي الاسلامي للتظهير :

٣٧١ – يلزم التفريق هنا بين حالتين :

١ – حالة الورقة التجارية [3] المحرَّرة للأمر أو الإذن إذا فقدت صفتها التجارية وصارت سنداً عادياً [4] ، أي مجرد وثيقة بدَين لحاملها على ساحبها أو محرِّرها ، فأصبحت لاتقبل التظهير قانونا . ففي هذه الحالة يكون تظهيرها لشخص آخر حوالة عادية بالمعنى الشرعي ، نظرا الى أن العبرة في العقود بما يدل على معانيها ، دون تقيد بعبارات خاصة . هذا إذا كان المظهَّر إليه دائناً للمظهِّر ، فإن لم يكن دائناً فالتظهير توكيل له بتقاضي الدين على أن يتملكه قرضاً .

٢ – حالة الورقة التجارية المحتفظة بصفتها التجارية ، فإنَّ تظهيرها لشخص آخر يكون حوالة بالمعنى الشرعي ولو شَرط المظهِّر انتفاء ضمانه للدَين المحال به أو لم تتوافر فيه شرائط التظهير قانوناً . ذلك أن المحيل غير ضامن أصلاً للوفاء بهذا الدَين شرعاً في معظم مذاهب الفقه الإسلامي ، وان ضمانه التلقائي لهذا الوفاءِ في مذاهب أخرى انما هو عند التوى ، أي العجز عن وصول المحال الى حقه ، إمّا مطلقاً ، وإمّا بأسباب معينة . وليس هو بكل حال ضمانا على هذا النحو المطلق المقرَّر للتظهير القانوني في سند الأمر التجاري ، بحيث يكون للحامل الرجوع على المظهِّر لمجرد عدم الوفاءِ في ميعاد الاستحقاق ، دون ان يكلفه ذلك أكثر من إجراءات شكلية بسيطة . وقد ينص في الورقة التجارية نفسها على شرط الرجوع دون حاجة الى تلك الإجراءات

---

(١) أمين بدر ٦٠ .

(٢) أمين بدر ٥٩ ومحاضرة أمين بدر ١١ – ١٢ .

(٣) من المعروف أن الفقه الاسلامى لم يميز في الديون والأوراق والحوالات بين ماهو تجارى ومدنى، فهذا التمييز أحدثته القوانين الحديثة تحقيقاً لسرعة الحركة التجارية ، وإن كانت أصول الشريعة قد نصت في آية المداينة على هذا التمييز ورتبت عليه فروقاً من حيث الإثبات تسهيلا للتعامل ، ولكن الفقه لم يتطور بهذه النظرية التطور اللازم (عبدالقادر عودة في التشريع الجنائى الاسلامى ١ / ٥٨) .

(٤) السند التجارى الإذنى (لا الا سمى) هو الذى يقبل التظهير عند القانونيين ، أما غيره فلا يكفى تظهيره لتحويله عندهم ، بل لا بد من قبول المحال عليه أو تبليغه (على حسن ١٠٢) . والفقه الإسلامى لا يفرّق هذه التفرقة ، فالتظهير كاف للحوالة بكل حال – مادام هذا مقصود المتعاقدين بالتظهير – عند من لا يشترط قبول المحال عليه المدين ، وهم الأكثرون .

الشكلية فيُعفى حينئذ منها[١] . (هذا كله إذا كان المظهَّر اليه دائناً ، وإلا كان التظهير توكيلاً كما مرّ قريباً) .

أما مع التصريح بالضمان فإن المعاملة تكون كفالة . وان اشتراط تقديم الكفيل - المفهوم عرفاً في هذا النوع من التعامل- مستقيم على أصول المالكية . لكن عندهم لايكون الرجوع على الأصيل- مع هذا الشرط - إلا بعد تعذر الاستيفاء من الكفيل ، لابمجرد عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق ، إلا أن يعتبر ذلك أيضاً كالمتشارَط عليه ، وهو مقتضى الأوضاع المعمول بها في هذه المعاملة . فالعرف مُغْنٍ حتى عن التصريح بالضمان[٢] .

ومن الواضح - وفق أصول فقهائنا - أن التظهير حوالة صحيحة بالقيود التي أسلفناها . ولكن اشتراط قبول المحرِّر (الموقع)في سند الأمر ، أوالمسحوب عليه في السفتجة والشيك يبدو محل نظر واختلاف :

فمن اشترط قَبول المحال عليه - كالحنفية- يجعل رفض المحرِّر أو المسحوب عليه قَبول الورقة التجارية حائلاً دون صحة الحوالة نفسها لا دون مسئوليات الالتزام الصَرفي فحسب .

ومن لم يشرط قبوله - كالشافعية - يحكم دونه بصحة الحوالة ، ولزومها ، ولا مزيد .

٣٧٢ -أما تتابع التظهيرات ، فمن قبيل تراكب الحوالات ، أو الوكالات أو الكفالات الذي هو من مسلَّمات الفقه الاسلامي .

وفقهاؤُنا يوافقون على تقديم الحامل للورقة المظهَّرة إليه (المحال) على سائر الغرماء . إلا إذا كان الدَين في ذمة المحال عليه قد سقط تعلق الحوالة به ، فإن الحامل (المحال) حينئذ يكون أُسوةَ الغُرماء . وهذا منصوص عليه - من بعض وجهات النظر - في حالة موت المحيل حوالة مقيدة قبل الوفاءِ (ر : ف/٢٧٤) .

أما التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية ، فما دام ذلك قد أصبح عرفاً سائداً ، فان كل تظهير يكون ضماناً للمظهَّر إليه ، وفي الوقت نفسه توكيلاً له من المظهِّر في أن يضمن الدَين عنه للمظهَّر إليه التالي ، بحيث يكون كل مظهِّر ضامناً أصيلاً ، ووكيلاً في الضمان عن جميع الموقِّعين قبله على الورقة ، وهكذا توقيع الساحب . هذا على رأي من لايصححون الضمان قبل الوجوب ، وإلا فالمسألة أوضح من أن يُتَكَلَّفَ لها مثلُ هذا .

هذا ، وقد يلاحظ أن توقيت الرجوع على الضمان لايتفق مع الأُصول الفقهية في الحوالة ، لكن يجوز للحاكم التوقيت للمصلحة العامة[٣] .

٣٧٣ - وأما التطهير من الدفوع ، فقد مثله بعضهم قائلاً : « وعلى ذلك إذا كان التزام الساحب تجاه المستفيد الأول قد نشأ باطلاً أو قد انقضى ، ثم قام المستفيد بتظهير الشيك (أوالورقة التجارية : أيّاً كانت) تظهيراً تامّاً الى الحامل حسن النية ،وقام هذا بمطالبة الساحب ، فإنه يمتنع على الساحب أن يُحاجَّ الحامل ببطلان التزامه[٤] . ولا ينازع أكثر فقهائنا في عدم صحة الدفع بانقضاءِ الالتزام مع تعلق حق

(١) امين بدر ٩٤ - ٩٥ وعلى حسن ٣٢٣ و٣٩٩ .
(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٤٤ .

(٣) يؤخذ هذا من قول صاحب الدر المختار« لو أمرالسلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها القاضي لم ينفذ » الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٣٤٢/٤) .
(٤) محاضرة أمين بدر ١٢ .

ثالث [١] ، ولكنهم يصححون الدفع بأن الالتزام قد نشأ باطلاً ،لأن الدين هنا لم يكن قائماً قط ، بخلافه في الحالة الأولى . ومع صحة هذا الدفع شرعاً في وجه الحامل حسن النية يجوز للحاكم أن يمنع سماع الدفع في حق الحامل مطلقاً اذا كان في هذا المنع مصلحة عامة . وقد قالوا : يجوز للحاكم أن يقيد القضاء ويعلقه بالشرط والإضافة والاستثناء [٢] .

ولا غَروَ فإنهم في التشريع التجاري المصري جعلوا للمدين التمسك بعدة دفوع : كالتزوير ، وكشرط عدم الضمان في نص الورقة ، وكعدم استيفاءِ البيانات اللازمة لاعتبارها ورقة تجارية ، وكالمقاصّة بين دَيني المدين والحامل [٣] ، وكلها دفوع معتبرة شرعاً ، ولفقهاءِ المذاهب نصوص تدعمها – عدا الدفع باستيفاءِ البيانات اللازمة لتجارية الورقة – وإن كان لاينوب عمن له الدفع أصالةً غيرُه من سائر الموقعين إلا في حالة غيبة ،أو بطريق من طرق النيابة الشرعية .

على أن استثناء الدفع باستيفاء هذه البيانات إنما هو بالنظر لأصل الشرع لأن هذه البيانات اللازمة قانوناً هي ترتيبات زمنية جديدة ليس لها ذكر في نصوص الشريعة أو الفقه ، ولكن لايخفى أنه يجوز للحاكم أن يشترط في سماع الدعوى بصحة العقود تقييد هذه العقود بالكتابة على شكل خاص ، ويترتب عليه قَبول الدفع بعدم استيفاء البيانات اللازمة لصحة الورقة . لكن هذا لايجيز للإنسان فيما بينه وبين الله تعالى أن يأكل حق صاحبه الثابت وإن لم يُحكم في القضاء له به .وبالجملة فالحوالة بتظهير الورقة التجارية هي كأية حوالة أخرى ، وهذه الدفوع فيها هي دفوع مقبولة في النظر الإسلامي : فمبدأ التطهير هنا غير وارد بالنظر لأصل الشرع ، وإن كان مقبولاً بالنظر الى تقييد ولى الأمر .

٣٧٤ – ثم إن المواضع التي قلنا فيها إن التظهير يعتبر حوالة شرعية إنما يكون التظهير فيها كذلك حينما يكون المسحوب عليه مديناً للساحب ، فإن لم يكن مدينا له بالدَّين الذي تثبته الورقة التجارية (ويتصور هذا في السفتجة والشيك) فإن التظهير لايمكن اعتباره عقد حوالة إلا عند من لايشترط مديونية المحال عليه للمحيل من فقهائنا . وقد يكتفى بوجود عين للساحب لدى المسحوب عليه ، كالوديعة ، إن كان هذا هو الواقع ، وكان الوفاءُ مقيداً بتلك العين (برغم اشتراط القانونيين على الراجح أن يكون دين الورقة التجارية ديناً نقدياً) ولكن لابد عند فقهائنا هؤلاء حينئـذ من قَبول المحال عليه .

أما عند من يشترطون من الفقهاء مديونية المحال عليه فليس التظهير – دون هذه المديونية – إلا تمهيداً لعقد كفالة لا تنعقد إلا بقَبول الكفيل وهو المسحوب عليه هنا . ويعود هنا ما قدمناه عن المالكية (ف/٣٧١) .

(خامسا)

تظهير أوراق البضائع

الوضع القانوني :

٣٧٥ – الأوراق الواردة على بضـائع – كوثيقة الشحن (البوليصة) وسند إيداع متاع أو بضاعة في مخزن عام – ليست أوراقاً تجارية ، لأنها لاتمثل

(١) من الأمثلة التطبيقية الموضحة لذلك أن : المستفيد الأول إذا كان بائعاً محالا بالثمن ثم سقط استحقاقه لرد السلعة بالعيب ، يكون للساحب حق الدفع بانقضاء التزامه تجاهه ، لا تجاه المستفيد الثانى أو أى مستفيد آخر انتقلت الورقة اليه بالتظهير ، لتعلق حق الغير .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣٤٢/٤ .

(٣) أمين بـدر ٦٤ – ٦٦ ، على حسن يونس ١٥٩ – ١٦١ .

مبلغاً معيناً من النقود يسهل الحصول عليه . ومع ذلك فإنه يجوز تداولها في التقنينات الحديثة بطريقة التظهير ، ويعتبر تظهيرها بمثابة بيع للأعيان التي هي وثائق بها[١] .

الوصف الشرعي :

٣٧٦ - وهذا في نظر الفقه الاسلامي يعتبر من قبيل بيع العين المعيَّنة الغائبة ، فيطبق عليه حكم لبيع مع الخلاف المعروف في بيع المبيع الغائب المعيَّن ، من النواحي التالية :

١ - صحته بإطلاق مع إثبات الخيار عند الرؤية للمشتري مطلقاً . (بحسب مذهب الحنفية) .

٢ - صحته بشريطة الوصف الضابط ، مع إثبات الخيار لكلا العاقدين عند مخالفة الوصف .

٣ - عدم صحته إلا إذا وصف وتبين أن الوصف مطابق .

٤ - عدم صحته بإطلاق (بحسب مذهب الشافعية) .

(سادسا)

الخصم[٢]

الوضع القانوني :

٣٧٧ - الخصم عملية مصرفية تتلخص في قيام حامل الورقة التجارية (كالسُفتجة) بنقل ملكيتها ، وبالتالى : ملكية الحق الثابت فيها ، عن طريق التظهير الى المصرف أو سواه قبل ميعاد الاستحقاق ، مقابل حصول المظهِّر على قيمتها مخصوماً منها (أي مطروحا) مبلغ معيَّن ، يسمَّى سعر الخصم ، (وهو مجموع عُمولة المصرف لقاء الاحتفاظ بالورقة وتحصيلها مع فائدة المبلغ (المدفوع الى المظهر) عن المدة الباقية من تاريخ دفعه الى تاريخ استحقاق الورقة)[٣] .

وفي عمليات الخصم مخاطرات : لأن الورقة التجارية قد تكون مسحوبة على غير مدين ، أو على مدين مُعْسِر ، وعند الرجوع على المظهِّر قد يكون هو الآخر مُعسِراً ، وكذا سائر الموقعين - إن كانوا - لأنهم غالباً أبناءُ مهنة واحدة ، ويتأثرون بأَزَمات عامة واحدة . ومع أن المصرف يحتاط عادة قبل الخصم بأخذ توقيع المسحوب عليه بالقَبول فإن هذا لا يجدي في حالات التواطؤ[٤] .

ولذا فإن المصرف لايقبل خصم الورقة التجارية ، إلا إذا كانت توحي بالثقة . بل قد يشترط شروطاً تأمينية خاصة .

وللمصرف أن يكرر الخصم لدى مصرف آخر ، أو لدى المصرف المركزي[٥] .

نظر الفقه الإسلامي إلى هذه المعاملة :

٣٧٨ - هذه المعاملة (عملية الخصم) باطلة من وجهة النظر الاسلامي : فهي لاتصح حوالة (من المظهِّر للمصرف الخاصم على المسحوب عليه ، ولو كان مديناً) لفوات شريطة التساوي بين الدَّين

(١) ر : علي حسن يونس ٢٢ .

(٢) الخصم لفظ عامى شائع في العرف التجارى اليوم بمعنى طرح جانب من المبلغ المحدد في السند مقابل تعجيل دفعه قبل استحقاقه . ويلحظ أن استعمال الخصم بهذا المعنى ليس له مستند من اللغة .

(٣) محاضرة خصم الكمبيالات : للوزير فرج ١ وعمليات البنوك ٧٢و٧٣ .

(٤) محاضرة (خصم الكمبيالات) للوزير فرج ١٣ .

(٥) عمليات البنوك ٧٤ و٧٥ .

المحال به والدَين المحال عليه : لأن الدَين المحال به هــو المبلغ الذي يدفعه المصرف الخاصم ، الى من قام بتظهير الورقة إليه ، والدَين المحال عليه هو الذي تثبته الورقة ، وقد علمنا فرق ما بينهما .

وكذا لاتصح قرضاً من المصرف الخاصم وتوكيلاً من المظهِّر في استيفاء بدل القرض من المسحوب عليه ، لأنه حينئذ قرض جَرّ نفعاً ، لمكان عدم التساوي ، كما أسلفنا .

ولا تصح أيضاً على سبيل بيع الدَين لغير مَن هو عليه عند من يصححه ، لأن العوضين هنا من النقود ، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل ، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض . فهذه العملية (الخصم) تضاف الى عمليات التسليف بالفائدة التي تقوم بها المصارف ويشملها كلها نظر شرعي واحـــد .

(سابعا)

الاعتماد المستندي

الوضع القانوني :

٣٧٩ـ هو اعتماد (مالي) يفتحه المصرف ، بناءً على طلب شخص يسمى الآمر ، لمصلحة عميل لهذا الآمر ، ومضمون بحيازة مستندات ممثِّلـــة لبضاعة مستحَقـــة للآمر لدى عميله المذكور . ويستوي أن يكون طريق التنفيذ بالوفاء أو بقَبول السفتجة [١] .

يتضح من هذا التعريف أن فتح الاعتماد هو عبارة عن عهدة مالية يلتزم بها المصرف عن شخص لمصلحة آخر في صفقة تجارية . ولنضرب له مثالاً يوضحـــه :

تاجر في انجلترا باع بضاعة لتاجر مصري ، وقد لاتكون بينهما ثقة متبادلة أو تكون ، ولكنهما يُؤثِران الحيطة لاسيما والمستقبل غيب ، وقد يحدث ماليس في الحِسبان . فيطلب البائــع من المشتري توسيط مصرف يثق به ، فيتعهد المصرف بتأْدية الثمن المحدد للبضاعة الى البائع تعهدا معلقاً على تقديم البائع الى المصرف الوثائق المستنَدية التالية :

١ ـ مستندَات شحن البضاعة في الميعاد المتفق عليـــه .

٢ ـ وثيقة تأْمين تُغطِّي جميع الأَخطار المنصوص عليها في الاعتماد .

٣ ـ القائمة (الفاتورة) ولابد أن تطابق الوارد في الاعتماد مطابقة تامة ، دون اختصار أو اكتفاء بتعميم عن تخصيص .

فهذا التعهد من المصرف يسمى : فتح اعتماد ، ويخبَر به البائع لكي يشحن البضاعة اعتماداً عليه .

والغالب أن يكلف المشتري بفتح الاعتماد مصرفا في بلده (مصرياً في مثالنا) وهذا يرسل خطاب الاعتماد الى مصرف في بلد البائع (انجليزي في مثالنا) ليبلغ البائع باستعداده للتنفيذ ، نيابة عن المصرف المصري . وقد يكون هذا المصرف الانجليزي مكلَّفاً بتأْييد الاعتماد ـ وفقاً لرغبة أخرى للبائع ـ بحيث يصبح المصرف الثاني مديناً أَصلياً للبائع بمجرد تبليغه فتح الاعتماد لديه ، لامجرد وكيل بالقبض عرضة للعزل في أي وقت . ويسمى الاعتماد حينئذ : اعتمـــاداً « مؤيَّداً » . ولا يكـــون الاعتماد

---

(١) عمليات البنـــوك ١١٤

المؤيِّد إلا من قبيل الاعتمادات النهائية ، أي التي بمجرد تبليغها الى المستفيد تصير غير قابلة للرجوع ، ولو أفلس الآمر ، أو أمر بإلغاءِ الاعتماد ، أو ثبت بطلان البيع ، مالم تحكم محكمة بصحة الرجوع في هذا الاعتماد بسببٍ ما ، رغم أن الأصل عدم جواز الرجوع فيه .

أما الاعتمــادات القابلة للإلغاءِ بحسب رغبة المصرف أو الآمر فهي - وإن كانت أقل تكاليف- قلما يعول عليها اليوم ، لأنهالاتعطي البائع التأمين الكافي الذي يريده ولا تقبل التأييد .

وإذا قدم البائع المستنَدات المطلوبة ودفع له المصرف الثاني الثمن ، ضم المصرف المذكور هذه المستندات الى الورقة التجــارية المثبِتــة دفعَــه الثمنَ للبائع (الإيصال) وأرسل الوثائق كلها الى المصرف الأول (المصري) ليقوم بتأدية مبلغها مع المصاريف (ومنها العُمولة) الى المصرف الثاني في بلد البائع .

وللمصرف الأول (المصري) أيضاً عُمولته المتفق عليها يستوفيها وسائر التوابع مع مبلغ الاعتماد من المشتري .

فإن أبى المشتري الدفع ، كان للمصرف المصري حق بيع البضاعة ، لأنها مرهونة بحقه ، وقلما تكفي . وليس له حق الرجوع جبراً على البائع بحال ، مهما تكن الأسباب : لأن العملية بطبيعتها تتضمن نزول المصرف فاتح الاعتماد عن حقوقه المصرفية تجاه البائع ، ليطمئن هذا البائع الى نهائية الوفاءِ .

فإذا أخطأ المصرف ، فدفع المبلغ وكانت المستنَدات غير مطابقة ، فلارجوع له على الآمر (المشتري) كما لارجوع له على المستفيد (البائع) لأنه هو المقصر وقد كانت لديه المهلة الكافية ، للتأكد من سلامة هذه الوثائق ومطابقتها ، الا اذا كان المصرف قد شرط الرجوع على المستفيد عند رفض الآمر المستندات مثلاً [1] .

موقف الفقه الإسلامي من هذه المعاملة :

٣٨٠- هذه المعاملة صحيحة إجمالاً فيما يبدو من وجهة نظر الفقه الإسلامي ، على أحد الأسس الآتية :

الأساس الاول :

٣٨١- توكيل ورهن . فيمكن تخريج هذه المعاملة على أنها تتضمن عقد وكالة بعوض في أداءِ دَين (هو حق المستفيد على الآمر) وفي تسلم مستندات البضاعة قبل الأداءِ . فالتوكيل بالأداءِ مقيد بكونه بعد تسلم المستندات الصحيحة ، والوكالة المقيدة يلتزم فيها قيدها . وهذا التوكيل يتضمن رهناً ضمنياً للبضاعة لدى الوكيل الى أن يستوفي الثمن الذي وُكّل بأدائه من ماله . وهو رهن ضمني مستنده العرف وتثبته نصوص القوانين .

وهذا التخريج الفقهي يفسر لنا أموراً مهمة في هذه المعاملة وهي :

١ - نهائية الالتزام وعدم قَبوله الرجعة من جانب الوكيل (وهو هنا المصرف الوسيط فاتح الاعتماد) ، لأن الوكيل بأجر يجب عليه القيام بما وُكل فيه ، ويُجبر على ذلك ، لاسيما أنه تعلق بالوكالة هنا حق الغير : وهو البائع [2] . كما أن عقد القرض - بمجرد انعقاده - لازم عند المالكية من جانب المقرض

(١) عمليات البنوك / ١١٢ - ١٥٨ ومحاضرة أمين بدر / ١٦ - ٢٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٤٠٩ و ٤١٠ .

ليس له الرجوع فيه حتى ينتفع به المقترِض على العادة في مثله[١] .

والمقرر عرفاً وقانوناً في هذا الشأن أنه إذا أصر الموكل (في مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع من الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاءُ منه ، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة . وهذا سائغ عند فقهاءِ الشريعة دون رجوع الى القاضي إذا كان عن شرط ، بل له ذلك عند الشافعية من غير تعذر الاستيفاءِ مادام الخصم ممتنعاً من دفع الحق الثابت عليه[٢] .

٢ ـ عدم مساءلة المصرف بعد قيامه بالدفع وفق شروط الاعتماد مهما تكن حال البيع نفسه ، إذ لاشأن للمصرف بذلك ، فإن الوكيل بالإقباض ليس وكيلاً في عقد مالي ، فلا عُهدة عليه ، كالرسول[٣]

٣ ـ نهائية الالتزام من جانب الآمر (وهو المشتري طالب فتح الاعتماد) فيكون الاعتماد من هذه الناحية غير قابل للإلغاءِ ، على أساس أنه توكيل تعلق به حق الغير[٤] فيمتنع على الآمر الموكِّل الرجوع عنه .

ملاحظة :

٣٨٢ ـ قد يرد على هذا الحَل أنه قاصر لايفسر لنا كون المصرف يصبح مديناً أصلياً للمستفيد حل محل الآمر فبرئت بذلك ذمة الآمر تجاه المستفيد كما هو الحكم المقرر قانوناً .

وحينئذ يمكن إحلال الحوالة محل الوكالة في هذا التخريج ، فتعتبر معاملة الاعتماد المستنَدي حوالة على المصرف فاتح الاعتماد بأمر الآمر ، فيكون له عليه حق الرجوع بعد الأداءِ ، ويكون المستفيد (البائع) مُحالاً قد قبل الحوالة بقَبوله فتح الاعتماد لمصلحته ، ويبرأ تجاهه الآمر ، وهو هنا المشتري طالب فتح الاعتماد كما نوضحه في الأساس الثاني .

الأساس الثاني :

٣٨٣ ـ وقد يسعنا أن نقول استناداً الى وجهة نظر أخرى : انه حين ينص على نهائية الالتزام من طرفيه ـ أو يكون ذلك كالمنصوص ـ يكون الآمر إذاً محيلا بدَين المستفيد على المصرف الوسيط فاتح الاعتماد ، ورضا الأطراف الثلاثة قائم . وليست هذه حوالة معلقة على شرط (تسليم المستنَدات) بل حوالة مطلقة منجزة بدَين مؤجّل يحل عند تقديم هذه المستندات . وقد قبلها المحال عليه (المصرف الوسيط) بأمر المحيل ، فيحق له الرجوع عليه . وقد يدفع الامر جانباً من المبلغ الاعتماد مقدَّماً الى المصرف ، ففي هذه الحال يكون طلب فتح الاعتماد توكيلاً بالأداءِ الى الدائن فيما قدمه الآمر ، وحوالة في الباقي .

ولا بأس فيها بالعُمولة المصرفية ، لأنها منفصلة عن الحوالة ، فليست حوالة بأجر حتى يقال إن ذلك يتنافى مع طبيعتها من كونها عقد إيفاءٍ واستيفاءٍ لاغير ، أو عقد إرفاق ، انما هي أجرة مستحقة لأجير (هو المصرف) على الأعمال الكثيرة التي يقوم بها ، كما حررناه في بحث التحويل المصرفي (ر : ف/ ٣٦٢)

وقد يعترض على هذا الحل بأنه لايطابق ماهو مقرر في التقنينات الحديثة من أنه لاعلاقة للمصرف الذي أصدر الاعتماد بصحة البيع أو بطلانه ،

---

(١) الخرشي على خليل ١٤٢/٤ .
(٢) السراج الوهاج ٦١٤ والشرقاوي على التحرير ٥١١/٢
(٣) البحر الرائق ١٩٦/٧ وبدائع الصنائع ٢٥/٦ .
(٤) المجلة / ١٥٢٢ .

ذلك لأن الحوالة – من الوجهة الشرعية الإسلامية– تبطل إذا تبين بطلان البيع الذي بنيت عليه . وإذا كان المحال عليه قد دفع الى المحال فإنه يتخير بين الرجوع على القابض ، لفساد قبضه ، والرجوع على المحيل ، كما في الحوالة الصحيحة (ر : ف/٢٥٧)

وللرد على هذا الاعتراض يلزم توضيح الفارق بين نظرة الفقه الإسلامي الى الحوالة ، وبين موقف التقنينات الحديثة في الاعتماد المستنَدي .

فالفقه الإسلامي يجعل بين الحوالة والبيع الذي أحيل فيه بالثمن أو عليه علاقةً وثيقةً ، فاذا تبين بطلان البيع كان طبيعيا ان تبطل الحوالة المرتبطة به .

اما الاعتماد المستنَدي فينظر اليه القانونيون نظرة مستقلة تماماً عن البيع الذي فتح الاعتماد تنفيذاً له ، لاختلاف أطرافه وأساسه القانوني . ولذلك كان طبيعياً عندهم ألا يتأثر الاعتماد ببطلان البيع .

على أن هذا الفارق نظري ، إذ النتائج من الناحية العملية واحدة ، ففي الاعتماد المستنَدي يرجع المصرف على الآمر فاتح الاعتماد بالقيمة طالما أنه نفذ التزامه بتسليمه المستنَدات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، بصرف النظر عمّا إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلاً [١] .

وفي الفقه الإسلامي ، يرجع المحال عليه (المصرف هنا) بعد أداء القيمة الى البائع (المحال) على الآمر فاتح الاعتماد (المعتبَر محيلاً) في كل الأحوال ، أي سواءٌ أكان البيع صحيحاً أم باطلاً ، كما أن للمصرف – بمقتضى مذهب الحنفية– الخيارَ في حالة تبيُّن بطلان البيع بين الرجوع على المحيل وبين الرجوع على المحال القابض(البائع في مثالنا) فالنظر القانونى انما قطع فقط طريق الرجوع على القابض .

وبذا يتبين أن النتائج العملية واحدة وان اختلف الأساس النظري .

الاساس الثالث :

٣٨٤– إن البحث في الاعتبارين السابق شرحُهما لتخريج الاعتماد المستنَدي على أساس من العقود التقليدية في كتب الفقه ، لايعدو أن يكون محاولة لتصنيفه على أساس هذه العقود .

على أنه قد سبق أنْ بيّنا أن الأصلَ في المعاملات جوازُ استحداث ما يتلاءم مع الحاجات المتجددة المتنوعة طالما لَم يصادم العقد المستحدث أصلاً شرعياً .

وهذه التخريجات الثلاثة نقدمها على أساس تجريد الاعتماد المستنَدي مما ليس لازماً قانوناً له مما قد يكون فيه شبهة أو خلاف في وجهة النظر الشرعية بين فقهاءِ العصر كالتأمين على البضاعة ، إذ يجوز أن يُفتح الاعتماد دون اشتراط وثيقة التأمين ضمن المستنَدات التي يلتزم المصرف بتسليمها ، فيمكن اعتباره بعد ذلك عقدا جديداً تدعو اليه مصلحة التجارة المشروعة .

(ثامنا)

حوالة الذمــة [٢]

الوضع القانوني :

٣٨٥– تجيز بعض التقنينات الحديثة أن ينقل الشخص جميع محتويات ذمته القانونية – أي ماله

(١) بخلاف ما إذا كان المصرف قد قصّر في تسليم المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، فلا يلزم الآمر حينئذ بدفع القيمة له ، ومرجع ذلك إلى مخالفة المصرف لالتزامه هو ، بصرف النظر كذلك عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلا .

(٢) الذمة المقصودة هنا هى الذمة بالاصطلاح القانونى ، أى مجموع =

من حقوق وما عليه من التزامات ، تحديداً او تقريباً – بجملتها الى مالك جديد ، أو أن ينقل جميع حقوقه دون التزاماته الى مالك جديد .

ونظراً لأن بإمكان المدين أن يلجأ الى هذا التصرف الأخير بسوء نية إضراراً بدائنيه ، فتضيع ديونهم لإفلاسه أو فراره وعدم مسئولية المالك الجديد ، أو صعوبة إثبات هذه المسئولية ، لذلك اتجه التقنين الحديث الى وضع ضمانات للدائنين تتمثل في اعتبار المالك الجديد (المتصرَّف اليه) متضامناً بحكم القانون مع المتصرِّف تجاه دائنيه ، وعدم الاعتداد بأيّ اتفاق كان بين المتصرِّف والمتصرَّف إليه يخالف هذا التضامن المفروض بينهما بقوة القانون[1] .

حكم هذه الحوالة من وجهة نظر الفقه الاسلامي :

٣٨٦ – إن تحويل الذمة القانونية يجب التفصيل فيه – من حيث علاقةُ هذه المعاملة القانونية بالحوالة – بين ما إذا وقع التصرف (سواءٌ أوقع باسم الحوالة أو البيع) من صاحب الذمة على الجانب الإيجابي من ذمته ، أي على ما يملكه فيها فقط ، وبين ما إذا وقع منه التصرف على ذمته القانونية كلها جملة بعنصريها الإيجابي والسلبي ، أي على ما يملكه فيها وما عليه من ديون والتزامات لغيره ، بحيث يَحلُّ محلَّه المتصرَّف اليه (مشترياً أو محالاً) في امتلاك كل ماهو له ، وفي تحمُّل كل ما هو عليه للغير .

٣٨٧ – (أ) ففي الحالة الأولى ، أي اقتصار التصرف على الجانب الإيجابي من الذمة ، لايكون لهذا التصرف علاقةٌ ما بالحوالة الشرعية في نظر الفقه الإسلامي (وإن سمي هذا التصرف حوالة بلغة القانون) ، لأنه في حقيقة الأمر بيع من الإنسان لجميع ممتلكاته سوى ما يستثنيه العقد نَصّاً أو عُرفاً (كالثياب التي على بدنه مثلاً) . ذلك لأن الذمة القانونية هي حصيلة مالية يدخل في عنصرها الإيجابي مايملكه الانسان من أعيان ، وماله من ديون على غيره ، وبتعبير آخر في اصطلاح القانون : ما له من حقوق عينية وشخصية .

وحوالة الحقوق في القانون هي بيع أو هبة لها مهما كان نوع الحق المبيع أو المحوَّل . فيُطبَّق على هذا التصرف أحكام البيع في الفقه الاسلامي إن كان بعوض من حيث شرائطُ المبيع والثمن وغيرهما من شرائط مقوِّمات البيع ، أو تُطبَّق عليه شرائط الهبة ان كان بغير عوض .

وكل مافي الأمر أن القانون هنا يتدخل لحماية دائني المتصرِّف من سوء نيته المحتملَ في قصد تهريب أمواله وحقوقه من وجو ههم ، فيفرض

= الحقوق والالتزامات ، وهي تختلف في مفهومها عن الذمة في اصطلاح الفقه الاسلامي الذي يعطيها معنى المستودَع المقدر في الذات الإنسانية لتستقر فيه تقديراً كُل الديون التي تلحق الشخص مما هو ملتزم به ، فلا يدخل فيها ما يملكه هو . ومِن ثَم كان مفهوم الذمة في القانون حصيلة مالية تتكون بين ما لَهُ وما عليه ، فهي ذمة مالية . أما في الفقه الإسلامي فالذمة شخصية .

ومِن ثَمَّ تنحل الذمة عند علماء القانون إلى عنصرين : (عنصر إيجابي) وهو ما يملكه الشخص من حقوق ، (وعنصر سلبي) وهو ما عليه من ديون والتزامات . ولمزيد الإيضاح لمعنى الذمة في الفقه وفي القانون ، ووجوه الوفق والفرق بينهما ينظر الجزء الثالث من سلسلة (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا (ف / ١١٧ – ١٣١) .

(١) المادة / ٤١٩ من القانون المدني الألماني ، والمادة / ٤٧٩ من القانون المدني اليوناني ، وحوالة الدّين للدكتور عبد الودود يحيى / ٣٠١ – ٣١٢ والمادة / ١٨١ من قانون الالتزامات السويسري .

القانون تضامناً بين المتصرِّف والمتصرَّف إليه (البائع والمشتري). وهذا التضامن الجبري هو كفالة يفرضها القانون بينهما للمصلحة العامة في حماية الحقوق، لاعلاقة لها بمفهوم الحوالة لا شرعاً ولا قانوناً.

ولا يمكن وصف هذا التصرف في الجانب الإيجابي من الذمة بأنه حوالة حق في الفقه الإسلامي، لأن حوالة الحق في فقهنا يجب فيها أن يكون الحق دَيناً لصاحبه ثابتاً في ذمة غيره (بالمعنى الفقهي للدَين وللذمة)، وأن يكون مُحيله مدينا للمحال. والمتصرَّفُ إليه في حوالة الجانب الإيجابي من الذمة القانونية (وهو هنا في موقع المحال) ليس دائناً لصاحب الذمة المحيل، بل هو مشترٍ منه قد حَل محلَّه في ملك حقوقه التي تشمل ما يقال له في عرف القانونيين (أمواله المادية وغير المادية).

يتضح من ذلك أن هذا التصرف الجزئي في جانب من الذمة القانونية (الجانب الإيجابي) يخرج عن مفهوم الحوالة بمعناها المقرر في الفقه الإسلامي خروجاً تاماً ولا صلة له بها، وإن سمي في التعاقد وفي لغة القانون حوالة.

٣٨٨-(ب) أما في الحالة الثانية (أي وقوع التصرف على ذمة المتصرِّف كلها بعنصرَيْها الإيجابي والسلبي) فإن هـذا التصرف بالنسبـة للجانب الإيجابي من الذمة يقال فيه ما قلنا في الحالة الأولى، أي إنه يعتبر بيعاً لكل مايملك المتصرف من حقوق، ويثبت فيه تضامن جبري بحكم القانون بين الطرفين المتصرِّف والمتصرَّف إليه تجاه غرماءِ الأول. ولا صلة له بمعنى الحوالة فقهاً.

أما بالنسبة للجانب السلبي وهو الديون التي على المتصرف لدائنيه فإنه حوالة دَين بكل معنى الكلمة. فالمتصرِّف محيل، وغرماؤه الدائنون له محالون، (على مذهب من لايشترطون رضا المحال)، والمتصرَّف إليه محال عليه بهذه الديون.

ولا يضير الدائنين في هذه الحال أن يُعتبروا محالين دون رضاهم مادام القانون قد فرض التكافل بين المتصرِّف والمتصرَّف إليه لمصلحتهم، فأصبحت ديونهم مضمونة بذمتين بعد أن كانت بذمة المتصرِّف المدين وحده.

هل يجوز لوليّ الأمر هذا التدخل؟

٣٨٩-وهنا يثور التساؤل: هل يجوز في نظر الفقه الاسلامي أن يتدخل ولي الأمر فيفرض في التزامات المتصرِّف وديونه تضامنـاً بينه وبين المتصرَّف اليه، ولو لم يتفقا على ذلك، حماية لدائني المتصرِّف من تهريب أموال مدينهم؟

لايوجد في أصول الشريعة ما يمنع ولي الأمر من اتخاذ ما يراه من التدابير لحماية الدائنين من تلاعب المدين ومحاولته التهرب من وفاء ديونه. ولذلك سوابق في تاريخ الفقه الاسلامي:

فيرى الإمام مالك أن المدين - قبل الحجر عليه - لايجوز له إتلاف شيء من ماله بغير عِوض اذا كان مما لايلزمه ومِمّا لاتجري العادة بفعله، ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة، وكذلك يجوز إقراره بالدَين لمن لايُتهم عليه. واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه [1]

وإذا كان الإمام مالك لم يصل الى درجة إبطال تصرفات المدين بعِوَض أو عدم نفاذها في حق

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٣١٢

الدائنين ، فإن رأيه في الجملة يعتبر خروجاً على القاعدة الأصلية ، من نفاذ تصرفات المدين – قبل الحجر عليه – سواءٌ في ذلك تبرعاتُه ومعاوضاتُه ، حمايةً للدائنين ، وهو نفس الاتجاه الذي نحن بصدد بحثه . وقد سار الاجتهاد المالكي على نفس هذا المنهج حين أبطل الوقف إذا تقدَّمه دَين ، ما لم يرضَ الغرماء .

٣٩٠ – وقد أفتى كذلك العلامة المولى أبو السعود من متأخري الحنفية – في معروضاته – بعدم جواز وقف من وقف هرباً من الديون ، وذكر أنه صدر الأمر السلطاني بمنع القضاة من الحكم بالوقف بمقدار ما شُغل بالدَين[1] .

ومعنى هذا أن المدين يُعتبر محجوراً عن الوقف من تلقاء نفسه بالأمر السلطاني دون حاجة الى حجر قضائي فيما يعادل الدَين من أمواله ، فإذا كان في أمواله غير ما وقفه منها وَفْرٌ يفي بالدَين نفذ الوقف ، والا توقف على إجازة الدائنين .

وهذا ما استقـرت عليه فتاوي المتأخرين من الفقهاء[2] .

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٥ ؛ وأحكام الأوقاف للأستاذ مصطفى الزرقا (ف/ ٩٠ – ٩١) .

(٢) أحكام الأوقاف للأستاذ الزرقا (ف/ ٩٠ – ٩١)

بقي أن يقال : إن إعطاء هذه الصلاحية لولي الأمر العام يؤدّي إلى إمكان أن يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الأحكام الاجتهادية ، وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها وهو قد لا يهمه موافقتها لقواعد الشريعة . =

والخلاصة أنه لايوجد في أصول الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يَعتبر الجانب السلبي من الذمة مضموناً بذمةِ من انتقل اليه الجانب الإيجابي .

وطبيعي إذاً أن تكون مسئولية المتصرَّف إليه محصورة بقيمة الجانب الإيجابي الذي انتقل إليه ، فإذا زاد الجانب السلبي عن الجانب الإيجابي لم يكن للدائنين عليه من سبيل فيما يزيد[3] . وهذا كحالة دائني الميت حيث تُقضى ديونُهم من تركته قبل توزيعها على الورثة ، فإذا لم تفِ التركة بالديون لايسأل الورثة بشيء ؛ فقد يكون المتصرَّف إليه حسن النية وجديراً لذلك بحماية ولي الأمر شأن الدائنين الذين يتدخل لحمايتهم[4] .

= وقد يكون هو جاهلاً أو فاسقاً لا يبالي تهديمَ الشريعة . فكيف تجب طاعته شرعاً في هذه الأوامـر ؟ !

والجواب :

أن النصوص الفقهية التي تعطي ولي الأمر هذه السلطة إنما هي مفروضـة في إحـدى حالتـين :

– إمّا أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة ، كما كان في الصدر الأول من العهد الاسلامي ، وإمّا أن لايكون عالماً مجتهداً ؛ وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية والاعتبار إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم والتقوى من فقهاء الشريعة وموافقتهم عليها . (المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ف ٧٠ – في الحاشية ، الطبعة الثامنة) .

(٣) وهذا ما قد نص عليه القانونان الألماني واليوناني المشار إليهما .

(٤) جرى القضاء الألماني على تطبيق حكم المادة / ٤١٩ مدني ليس فقط على حالة انتقال مفردات الذمة جملة ؛ بل كذلك على حالة انتقال مفردات الذمة بعقود مستقلة سواء إلى شخص واحد أو عدة أشخاص . واشترط كثير من أحكام القضاء الألماني ، وخاصة الحديثة منها ، أن يكون المتصرف إليه عالماً بأنه يتصرف إليه في الذمة بأكملها وذلك في حالة ما إذا كان التصرف منصباً على شيء معيّن هو في الواقع كل الجانب الإيجابي من ذمـة المتصرّف ، أي كل ما يملك .

الملحق الثالث

صياغة احكام الحوالة فى مواد مقننة

(اولا)
فكرة هذا الملحق والداعى اليه

٣٩١ – كانت مجلة الأحكام العدلية أول محاولة من نوعها في تقنين الشريعة الإسلامية في موادّ منضبطة ، تطرح الخلافات باختيار رأي محدد ، على غرار القوانين الحديثة .

وقد اتبع في صياغتها اختيارُ الراجح من المذهب الحنفي – عدا مسائل اختير فيها خلاف الراجح لمصلحة رآها واضعو المجلة ، وبتخصيص الإمـام العمل بهذا الرأي المختار رعاية للمصلحة من بين الآراءِ المختلفة تعيّن ووجب العمل به ، وصار راجحاً بعد أن كان مرجوحاً ، على ما هو الأصل في المذهب الحنفي نفسه.

ثم كانت محاولة محمد قدري باشا في تقنين مذهب أبي حنيفة النعمان كذلك في المسائل المدنية تحت عنوان «مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان » ، وفي مسائل الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية .

ثم تلت ذلك محاولات جـزئية عنـد وضع مشروعات قوانين الوقف والاحوال الشخصية في مختلف البلاد الاسلامية ، وبقيت مسائل المعاملات دون محاولات جديدة ،عدا المحاولة الجزئية التي قام بها بعض الفقهاءِ الشرعيين والقانونيين عند إعداد مشروع القانون المدني المصري الجديد .

وكان مما انتُقد على طريقة التقنين التي سارت عليها المجلة ومرشد الحيران ، فضلاً عن التزامهما بالمذهب الحنفي دون باقي المذاهب ، ضرب الأَمثلة التوضيحية في كل مادة للمقصود المراد من حكمها العام ،مما يتنافى مع المعتاد في طريقة التقنين الحديثة.

ولما كانت المجلة – كشأْن أي قانون آخر – قابلة للتعديل والتطوير ، مع ما يستجد من حاجات المجتمع وأساليبه ، كان من الضروري أن تتناولها يد التجديد والتطوير . لكن ذلك لم يحدث ، مع الأَسف الشديد ، بل أُبقيت على حالها حتى بدت متخلفة عن التطور ، فامتدت اليهـا يد الإلغاءِ الجزئي أو الكلى لتحل محلها القوانين الحديثة العديمة الصلة بمنابع الشريعة الاسلامية .

٣٩٢ – لذلك كان من الواجب – ونحن بصدد بعث هذه الثروة الفقهية الغنيـة بآرائها واجتهاداتهـا المتعددة ،وبحلولها المتنوعة في مختلف مسائل الحياة – أن نجدد محاولة الصياغة التقنينية لأَحكام الفقه الاسلامي الذي تعرضه الموسوعة الفقهية في المذاهب الثمانية.

وكان لزاماً على من يريد صياغة حكم مسأَلة معينة أن يختار – عند اختلاف الآراءِ – رأياً معينا يقوم بصياغة النص التقنيني على أساسه .

٣٩٣ـ هذا من ناحية. ومن ناحية أخري كتب بعض الفضلاء الى ادارة الموسوعة عقب صدور موضوع (الاشربة) من الطبعة التمهيدية ، مقترحاً أن تقتصر الموسوعة على عرض ما يترجح لديها من رأي في كل مسألة دون عرض خلافاتها ... حتى لا يتشوّش فكر القارئ ويتوزّع بين الآراء المختلفة وأدلتها ومناقشاتها ...

كما اقترح بعضهم إبقاء الرأي الراجح في صلب المتن ، وإنزال الخلافات الى الحاشية ... ومع تقديرنا لدوافع هذين الاقتراحين ، نرى أن ما تهدف الموسوعة الى تحقيقه من نشر ثروة الفقه الإسلامي على مختلف مذاهبه بصورة حديثة مرتبة بالترتيب الألفبائي ، وبأسلوب مبسط ، وعلى أساس مقارن ، كل ذلك يحتّم الخطة التي اتبعتها إدارة الموسوعة ، ويجعل العدول عنها الى أحد الاقتراحين المشار إليهما مفقدًا لقيمتها العلمية ... ولا سيّما أنه قد يستجدّ في الزمن من المصالح ما يقتضي جعل المرجوح راجحاً كما حصل في صياغة المجلة.

وهنا تأتي فكرة الملحق الحالى لتتجاوب ، بصورة ما ، مع هذين الاقتراحين إذ يجد فيه القارىء عرضاً تركيزيا للموضوع ، مقتصرًا على ما ترجّح لدى إدارة الموسوعة من رأي في المسائل الأساسية ... وصياغة هذه المسائل في مواد تقنينية.

٣٩٤ـ ان هذا الاختيار أو الترجيح قد تم وفقاً لمبادىء معينة سنعرضها الآن . فهو لايعني الحكم بخطإ الآراء التي تركت ، أو عدم ملاءمتها ، وإنما هي ضرورة الاقتصار على رأي واحد ، إن أريد ضبط الحكم في المسألة ...

(ثانيا)
المبادىء المتبعة فى صياغة هذه المواد المقننة

٣٩٥ـ (أ) من ناحية المصطلحات :

راعينا بقدر الإمكان التوفيق بين اعتبارين (أولهما) المحافظة على المصطلحات الفقهية ، (وثانيهما) تبسيط العبارة وتقريبها الى المصطلح الحديث بما لايخرج بها عن معناها الفقهي الاصطلاحي .

ولذلك لجأنا في أول البداية الى ضبط المصطلحات الرئيسية بتحديد مفاهيمها في صور تعاريف.

٣٩٦ـ (ب) من حيث المضمون :

حرصنا على الاقتصار على المبادىء الأساسية والمسائل الرئيسية دون الفرعيات الصغيرة . وانصب اهتمامنا على ضبط مقوِّمات العقد وآثاره وانتهائه ، تاركين التفاصيل الفرعية التي لاتتعرض لها التقنينات الحديثة ، بل تُترك عادة لشراح الفقه واجتهادات القضاء .

وقد راعينا ، في ترك هذه التفصيلات الفرعية والخلافية ، أن تكون مما بعُد الاستدلال فيه عن الأدلة الأصلية لعدم وجود نص فيه أو قاعدة ، ودخل بذلك في مجال الإباحة التي هي أصل في المعاملات ، ولا تدعو المصلحة الظاهرة الى ترجيح المنع أو التخصيص أو التقييد فيه .... فلم ننص عليه في هذه المواد المقننة .

٣٩٧ـ (ج) من حيث الاختيار والترجيح :

حين يتفق الرأي بين المذاهب المختلفة على

حكم مسألة معينة فلا إشكال ، ويتجه اهتمامنا الى صياغة الرأي المتفق عليه .

أما عند الخلاف ، فالأصل هو اختيار الراجح بين المذاهب (وهو ما كانت قوة دليله أوضح ، أو كان هو رأي الجمهور)، مالم تقم في وجهه اعتبارات أخرى تقتضي العدول عنه .

فأحياناً يقع اختيارنا على الرأي الذي يتفق مع العُرف الحالى ، أو يحقق المصالح المستحدثة ، كما في أخذنا بالحوالة المطلقة (م/٣) ، وكما في عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة المقيَّدة إلا في بعض حالاتها (م/٦) وفي جواز السفتجة (م/٢٣) وفي اثبات الخيار وجواز التقايُل (م/ ١٣) وفي اختصاص المحال بالمال المحال عليه عند موت المحيل (م/٢٠) .

وأحياناً أخرى يقع اختيارنا على الرأي الذي فيه التيسير واجتناب التضييق ، كما في جواز الحوالة على العين (م/٨) وفي جواز رجوع المحال عليه في الحوالة الباطلة على المحال القابض(م/١٠) وفي الرجوع بالتوى (م/٢٢) .

وقد أوضحنا في الحاشية المذاهب أو الفقهاء الذين أخذنا برأيهم في كل مسألة خلافية حتى نعين القارئ في مراجعة تفاصيل الرأي وأدلته من بحوث الموضوع نفسه .

وقد وقع اختيارنا – في بعض المسائل – على آراء رجح كاتب الموضوع خلافها ، نظراً لاختلاف الاعتبارات التي راعاها الكاتب عند بحث الموضوع علمياً عن الاعتبارات التي راعيناها عند الصياغة التقنينية ، والتي شرحنا بعضها فيما سبق .

(مثال ذلك : حق الرجوع بالتوى فقد اخترنا رأي الحنفية بينما يرى الكاتب رجحان رأي المالكية) . ولزم لذلك هذا التنبيه حتى لايكون مظنة تناقض أو اضطراب .

(ثالثا)

صياغة الاحكام الاساسية المختارة في صورة مواد تقنينية

٣٩٨ – نقـدم فيما يلي الصياغة المشار اليها للأحكام الأساسية في الحوالة في صورة موادَّ تقنينية مستمدة من مذاهب الفقه الإسلامي :

المادة – ١

الحوالة نقل الدَين[١] من ذِمَّة الى أخرى[٢] .

المادة – ٢

المحيل هو المدين ، والمحال هو الدائن ، والمحال عليه هو من انتقل الدين الى ذمته .

المادة – ٣

أ) – الحوالة تكون مطلقة[٣] ، أو مقيَّدة .

ب) – فالحوالة المقيَّدة هي التي تُقيَّد بأدائها من الدَين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده أمانة أو مضمونة .

ج) – والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلك ، ولو كان موجوداً .

---

(١) الدَين في اصطلاح الفقه أخص منه في اصطلاح القانون: فهو في اصطلاح القانون الجانب السلبي من الرابطة الالتزامية (أداء مال أو عمل أو ترك) ويقابله الحق وهو الجانب الإيجابي منها .

(٢) صحيح المذهب الحنفى ، ومجلة الأحكام العدلية ، والجماهير .

(٣) الحنفية ، والراجح عند الإمامية والزيدية ، والمرجوح عند المالكية والشافعية والإباضية .

المادة - ٤

أ)-تنعقد الحوالة بالتراضي .

ب)-لاتتقيد صيغة الحوالة بألفاظ معينة ، وكما تحصل شفاهاً تحصل بالكتابة والإشارة .

المادة - ٥

أ)-يجب لانعقاد الحوالة المطلقة رضا المحال والمحال عليه .

ب)-رضا المحيل شريطة للرجوع عليه من قبل المحال عليه بعد الأداء[١] .

المادة - ٦

أ)-يجب لانعقاد الحوالة المقيدة رضا المحيل والمحال[٢] .

ب)-على أنه يشترط أيضا رضا المحال عليه إذا نص على ذلك القانون أو اتفاق سابق بين المحيل والمحال عليه ، أو اذا اقتضت ذلك طبيعة الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه[٣] (أو العين التي له عنده) .

المادة - ٧

أ)-يجب لانعقاد الحوالة وجود محل صالح لها .

ب)-والمحل الصالح في الحوالة المطلقة دين للمحال في ذمة المحيل[٤] مستوف للشرائط الآتية في المادة / ٨ . واذا كانت الحوالة مقيدة يجب أيضا وجود مال محال عليه مستوف للشرائط الآتية في المادة المذكورة .

المادة - ٨

يشترط لانعقاد الحوالة ما يأتي :

١)-أن تكون منجزة غير معلقة الا على شرط ملائم أو متعارف ، ولا مضافاً فيها العقد نفسه الى المستقبل[١] .

٢)-أن لا يكون الأداء فيها مؤجلاً الى أجل مجهول جهالة فاحشة[٢] .

٣)-أن لا تكون مؤقتة بموعد مطلقاً ولو معلوماً .

٤)-أن يكون المحيل والمحال عاقلين[٣] .

٥)-أن يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً[٤] . واذا كانت الحوالة لدين شخص قاصر يشترط أيضا في المحال عليه أن يكون أكثر ملاءة من المحيل[٥] .

٦)-أن يكون المال المحال به ديناً معلوماً[٦] يصح الاعتياض عنه[٧] .

٧)-أن يكون المال المحال عليه في الحوالة المقيدة

---

(١) الصحيح فى المذهب الحنفى ، والمجلة ، ومرشد الحيران .

(٢) موضع وفاق باستثناء الظاهرية وكذا الحنابلة على الراجح فلا يشترطون رضا المحال فى حالة ملاءة المحال عليه .

(٣) اشترط رضا المحال عليه عموماً الحنفيةُ والإباضية والامامية فى المشهور عندهم وبعض المالكية وبعض الشافعية ،وقد أخذنا بهذا الرأي استثناء في الحالات المذكورة بشرائط استقيناها من القانون السويسرى/١٦٤ والمصرى/٣٠٣ والكويتى/٢٧٧ .

(٤) إجماع الفقهاء وإلا لم يكن العقد حوالة بل هبة دين أو بيعه من غير من هو عليه ، وكلاهما باطل عند الحنفية ما لم يسلط الموهوب له على قبض المال فيكون وكيلا يقبض أولا =

= لموكله ثم لنفسه . وبشريطة مديونية المحيل هذه تستبعد الحالة التى يبيحها القانون الوضعى والمسماة عندهم حوالة الحق دون مقابل . أما حوالة الحق بمقابل فهى الحوالة المقيدة بعينها في الفقه الاسلامي .

(١) الحنفية

(٢) الحنفيــــة .

(٣) المجلة ومرشد الحيران .

(٤) المجلة ومرشد الحيران .

(٥) الحنفيــــة .

(٦) الحنفية والمالكية والزيدية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة .

(٧) المالكية والشافعية وجمهور الحنابلة والزيدية والظاهرية وبعض الإمامية والإباضية .

دَينا أو عيناً[١] ممايصح الاعتياض عنه[٢] .

٨)ـ أن يكون كِلا المالَيْنِ ـ المحالِ به والمحالِ عليه ـ متساويَيْنِ جنساً وقدراً وصفةً[٣] .

٩)ـ أن تكون إرفاقاً محضاً فلا يكون فيها جُعل لأحد أطرافها بصورة مشروطة أو ملحوظة .

أما الجعل الملحق بعد عقدها فلا تتأثر به الحوالة السابقة ، ولا يُستحق .

المادة ـ ٩

أ)ـ تعتبر الحوالة باطلة إذا انتفى بعض شرائط انعقادها ، كما تبطل الحوالة المقيَّدة بارتفاع الدَين المحال عليه من أصله ، أو باستحقاق العَين المحال عليها[٤] .

ب)ـ لايؤثر فوات ما للمحيل لدي المحال عليه في بقاءِ الحوالة المطلقة ، ولا تبطل الحوالة المقيَّدة إذا ارتفع الدَين او العينُ المضمونة المحالُ عليهما ارتفاعاً عَرَضياً بعد انعقاد الحوالة .

المادة ـ ١٠

يترتب على بطلان الحوالة أن يعود الدَين على المحيل . وإذا كان المحال عليه قد دفع الى المحال قبل تبيُّن البطلان يكون الدافع مخيَّراً بين الرجوع على المحيل أو على المحال القابض[٥] .

المادة ـ ١١

يشترط لنفاذ الحوالة ما يلي :

١)ـ أن يكون المحيل والمحال بالغَيْنِ ، فحوالة القاصر المميِّز موقوفة على إجازة وليِّه أو وصيِّه . ويشترط في هـذه الإجازة أن يكون المحالُ عليـه أكثر ملاءةً من المحيل[٦] .

٢)ـ أن تكون للمحال ولاية على المال المحال به .

٣)ـ علم المحال عليه بالحوالة إذا كانت مقيَّدة[٧] .

المادة ـ ١٢

الحوالة ـ بوجهٍ عامٍ ـ تنتفي بإنكار المحيل إذا لم يثبت كذبه[٨] .

المادة ـ ١٣

الحوالة عقد لازم إلا إذا شَرط أحد أطرافه لنفسه الخيار[٩] ، وهي قابلة للتقايُل بتراضي أطرافها[١٠] .

المادة ـ ١٤

أ)ـ بمجرد انعقاد الحوالة يبرأُ المحيل من دَين المحال براءة مقيَّدةً بسلامة هذا الدَين[١١] ، وتشغل به ذمة المحال عليه .

ب)ـ ويثبت للمحال ولاية مطالبة المحال عليـه وحق ملازمته .

ج)ـ واذا كانت الحـوالة مطلقة ولازَمَ المحالُ المحالَ عليه بالفعل ، كان لهذا أن يلازم المحيل إذا كانت الحوالة بإذنه .

المادة ـ ١٥

أ)ـ لاتنتقـل مع الحق الضماناتُ التي كانت لمصلحة المحال في مواجهة المحيل[١٢] .

---

(١) الحنفية . وبذلك تتسع عن حوالة الحق في القانون الوضعي التى تقتصر على الحقوق الشخصية دون العينية .

(٢) المالكية والشافعية ، وجمهور الحنابلة والزيدية ، والظاهرية وبعض الإمامية ، والإباضية .

(٣) الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية وبعض الإمامية والمالكية وأكثر الإباضية مع بعض استثناءات للفريقين الأخيرين .

(٤) جماهير الفقهاء

(٥) الحنفيـــة .

(٦) المجلة ومرشد الحيران .

(٧) مأخوذة من اشتراط المالكية والإباضية حضورَه مجلسَ العقد .

(٨) باتفاق إذا كان المحيل منكراً لدين الحوالة ، وخلافاً لبعض المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية إذا كان مقراً .

(٩) الحنفية وبعض الشافعية .

(١٠) الحنفية والإباضية وبعض الشافعية .

(١١) صحيح المذهب الحنفى مع بعض الزيدية .

(١٢) رأي الجمهـــــور .

أما الدفوع التي لمصلحة المحيل في مواجهة المحال فإنها تنتقل مع الدَين الى المحال عليه .

ب)ـ لايستفيد المحال شيئاً من الضمانات التي كانت للمحيل في مواجهة المحال عليه . أما الدفوع التي للمحال عليه في مواجهة المحيل فإنها تبقى له في مواجهة المحال .

المادة ـ ١٦

في الحوالة المطلقة إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل ، أو عنده له عَين ، ولكن الحوالة لم تقيَّد بشيءٍ منهما ، يبقى للمحيل حق مطالبة المحال عليه بما لَه عنده من دَين أو عين ، ولا يكون للمحال عليه حقُّ حبسهما حتى يؤدِّي الى المحال .

المادة ـ ١٧

بانعقاد الحوالة المقيَّدة مستوفيةً شرائطها يسقط حق المحيل في مطالبة المحال عليه بما لَه عنده ، ويمتنع على هذا الأخير أن يدفعه إليه ، فإن دفعه إليه بقي ملتزماً تجاه المحال .

المادة ـ ١٨

في الحوالة الصحيحة ـ مطلقة كانت أو مقيَّدة ـ لايجوز للمحال عليه أن يمتنع عن الدفع الى المحال ولو استوفَى المحيل من المحال عليه دينَه ، أو استردَّ العين التي كانت عنده .

المادة ـ ١٩

أ)ـ اذا كانت الحوالة برضا المحيل ،وأدَّى المحال عليه الى المحال أداءً فعلياً أو حكمياً ، ولم يكن المحال عليه مديناً للمحيل بمثل دَينه ، استحق المحال عليه الرجوع على المحيل .

ب)ـ ويكون الرجوع بالأقلِّ من المحال به أو المودَّى[1] .

(١) المالكية والحنابلة والإمامية ، وإن كان كلامهم في المقيّدة وفي الأداء الفعلي .

المادة ـ ٢٠

أ)ـ لاتنفسخ الحوالة المطلقة بموت المحيل .

ب)ـ وفي الحوالة المقيَّدة ، إذامات المحيل قبل استيفاء دَينها ، يختص المحال بالمال المحال عليه[1] .

ج)ـ أما الأَجل فيبقى اذا مات المحيل ، ويسقط بموت المحال عليه فيحل الدين سواءٌ أكانت الحوالة مطلقة أم مقيَّدة في الحالَين[2] .

المادة ـ ٢١

تنتهي الحوالة بأداء المحال عليه مبلغها الى المحال أداءً حقيقياً أو حكمياً .

المادة ـ ٢٢

مع مراعاة أحكام المواد/ ٨ و ٩ و ١٠ و ١٢/ يكون للمحال حقُّ الرجوع على المحيل في الأَحوال الآتية :

١)ـ إذا فُسخت الحوالة باتفاق أطرافها .

٢)ـ إذا جحد المحال عليه الحوالة ولم يكن ثَمَّةَ بيِّنةٌ بها ، وحَلف على نفيها .

٣)ـ اذا مات المحال عليه مفلِساً قبل أداء الدَين .

٤)ـ إذا حكم القاضي بإفلاسه قبل الأَداء[3] .

٥)ـ إذا ارتفعت العين التي قيدت بها الحوالة ارتفاعاً عَرَضياً وكانت غيرَ مضمونة .

المادة ـ ٢٣

أ)ـ السفتجة جائزة ويجب وفاؤها في المكان المشروط[4] .

ب)ـ اذا توافرت في السفتجة مقوِّماتُ الحوالة كانت حوالة ، وطُبِّقت فيها الأَحكام المتقدمة .

(١) رأي زُفَر والمجلـــة .
(٢) مرشد الحيران . ولا خلاف فيه إلا في إحدى روايتين عن أحمد .
(٣) أبو يوسف ومحمــد .
(٤) ابن قدامة وابن القيم .

ملاحظـة

كتب أصل هذا الموضـوع أحد أعضاء هيئة التحرير في مشروع الموسوعة ؛ ثم أدخل عليه في إدارة الموسوعة تنقيح كثير ، وتعديل ، وتغيير لبعض بحوثه وترتيبه في مراجعات متكررة .

هذا ، ولن يستطيع أحد ـ مهما بلغت خبرته ومعاناته ومكابدته في كتابة البحوث الفقهية البعيدة الغور ، التي تحتاج إلى حراثة عميقة في أرض صلبة بكر ـ أن يتصور مـدى الجهـود الاستثنائيـة التي بذلت في إخراج هذا الموضوع كما يراه القارئ الآن ، بدءاً من الجهـد العظيم الأساسى الذى بذله في نسج خامته الأصلية كاتبُه الأستاذ الفقيه الفحل ، ثم الجهود المتتالية اللاحقـة التى بُذلـت في إدارة الموسوعة : من مراجعته مرتين ، ووضع مخطط تفصيلى جديد له يجمع بين القديم والحديث من بحوث الحوالة ، وإفراغ بحوثه في منازلها الجديدة من هذا المخطط ، وإدماج خلافات المذاهب السبعة مع المذهب الحنفى في كل مسألة بعد أن كان الأستاذ كاتب الموضوع قد كتب تلك الخلافات مفصولة في كراريس مستقلة ، مما أوجب تبييض الموضوع كله مرة أخرى بيد علمية ، ونقل الآراء الشخصية لكاتبه إلى الحاشية لتمييزها عن الفقه المنقول ـ توفيقا مع خطة الموسوعة ـ ثم روجع الموضوع ثالثة جملةً جملةً ، وخطوةً خطوةً ، للتنقيح والتحرير والتحقيق النهائي ، والترتيب التفصيلى الأخير ، وكتابة التعليقات والتعقيبات في مواطن الحاجة .

نعم ، أقول : لا يستطيع أحد أن يتصورذلك ، ويدرك ما بُذل في إخراج هذا الموضوع المثالى الغني المغني من عناءٍ علمى إلا إذا شاهد أصوله ، ثم تابع الاعمال اللاحقة التى جرت على مراحل عديدة مرتبة لأجل اعداده وإبرازه في صورته وحلته هاتين .

ولا ندّعى ، بعد كل هذا ، العصمة فيه . فالمأمول من الاساتذة الفضلاء إن وجد أحدهم هنة او ثغرة أو خطأً ان يعذر ، وأن ينبه اليه ـ مشكورا ـ بما لا يتنافى مع حسن التقدير ، من النقد الكريم التعاونى البنّاء ، شأن المنصفين من العلـماء ذوى الفضل .

والله سبحانه هو المسئول أن يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم ، ابتغاء أداء الواجب نحو شرعه الأسمى ، وفقهه الخالد ، وأن ييسر لنا سبيل التكامل ، وينير معالمه لبصائرنا ، انه سميع مجيـب .

وآخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمـين .

الكويت فى : ٥ من جمادى الأولى سنة ١٣٩١ هـ
٢٨ مـن حـزيران سـنة ١٩٧١ م

خبير الموسوعة الفقهية
مصطفـى احمـد الزرقـاء


المراجع

المراجع

١) من الحديث النبوى :

١ ــ عمدة القاري شرح صحيح البخارى ، للعينى . ط المنيرية .

٢ ــ المنتقى على موطأ مالك ، للباجى . ط السعادة .

٣ ــ عارضة الأحوذى على الترمذى لأبى بكر بن العربى . ط الصاوى ١٣٥٢ هـ .

٤ ــ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للشوكانى . ط العثمانية ١٣٥٧ هـ .

٥ ــ الجامع الصغير ، للسيوطى ، ط حنفى .

٦ ــ فيض القدير شرح الجامع الصغير ، للسيوطى . ط التجارية .

٧ ــ وفاء الضمانة بأداء الأمانة لمحمد بن يوسف الميزابي المغربي الاباضى الشهير باطفيش . مطبعة الأزهار البارونية ١٣٢٥ هـ .

٢) من أصول الفقه :

١ ــ الموافقات في أصول الشريعة ، للشاطبى . ط التجارية .

٢ ــ جمع الجوامع ، للسبكى ط (١) ١٣٣١ هـ .

٣ ــ التيسير على التحرير ، ط البابى الحلبى ١٣٥١ هـ .

٤ ــ مسلم الثبوت . ط الأميرية ١٣٢٢ هـ .

٣) من الفقه الحنفى :

١ ــ البدائع للكاسانى ، ط شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ .

٢ ــ المبسوط ، للسرخسى . ط السعادة .

٣ ــ فتح القدير (شرح الهداية) لابن الهمام . وتكملته « نتائج الأفكار » لقاضى زاده . ط الميمنية ١٣١٩ هـ .

٤ ــ العناية (شرح الهداية) للبابرتى ، وحاشيته لسعدى الشلبي (مطبوع بهوامش فتح القدير) .

٥ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للزيلعى وحاشيته . لسعدي الشلبي ط الأميرية ١٣١٥ هـ .

٦ ــ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لابن نجيم ، وحاشية ابن عابدين عليه . ط العلمية ١٣٢٢ هـ.

٧ ــ حاشية ابى السعود على مشرح منلا مسكين للكنز ط (١)

٨ ــ الأشباه والنظائر ، لابن نجيم وحاشيته للحموى . ط دار الطباعة العامرة بالآستانة .

٩ ـ جامع الفصولين ، لابن قاضي سماوة . ط بولاق ١٣٠٠ هـ .

١٠ ـ الفتاوى الهندية ، وبهامشها الفتاوى الخانية . ط الأميرية .

١١ ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ط عثمانية ١٣٢٧ هـ .

١٢ ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) . ط الأميرية الكبير

١٣ ـ الفرائد البهية في القواعد الفقهية ، لمحمود الحمزاوى . ط دمشق ١٢٩٨ هـ .

١٤ ـ مجلة الأحكام العدلية . ط الكويت (ملحق المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية) .

١٥ ـ شرح المجلة ، للأتاسى . ط حمص ١٣٥٢ هـ .

١٦ ـ مرشد الحيران ، للشيخ محمد قدرى باشا . ط الأميرية .

٤) من الفقه المالكي :

١ ـ المدوّنة الكبرى . ط السعادة ١٣٢٣ هـ .

٢ ـ الفواكه الدوانى شرح رسالة القيروانى ، للنفراوى . البابي الحلبي .

٣ ـ شرح الخرشى على مختصر خليل ، وحاشيته للعدوى . ط العامرة الشرقية ١٣١٦ هـ .

٤ ـ حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل . ط الأميرية ١٣٠٦ هـ .

٦ ـ حاشية التحفة على ابن سودة التاودى . ط ١ حجازى ١٣٥٧ هـ .

٧ ـ فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب مالك ، للشيخ عليش . ط التجارية (مصطفى محمد)

٥) من الفقه الشافعي :

١ ـ الأم ، للشافعي . ط الأميرية ١٣٢١ هـ .

٢ ـ المهذب ، للشيرازى . ط عيسى البابي .

٣ ـ المجموع شرح المهذب ، للنووى ، وتكملته للسبكى . ط (١) المنيرية .

٤ ـ روضة الطالبين ، للنووى . ط المكتب الإسلامي .

٥ ـ نهاية المحتاج على المنهاج ، للرملى وحواشيها . ط البابي الحلبي .

٦ ـ مغنى المحتاج شرح المنهاج ، للخطيب الشربيني . ط البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ .

٧ ـ السراج الوهاج شرح المنهاج للغمراوى . ط مصطفى الحلبي ١٣٥٢ هـ .

٨ ـ الشرقاوى على شرح التحرير ط مصطفى الحلبي ١٣٦٠ هـ .

٩ ـ منهج الطلاب بحاشية البجيرمى ط التجارية ١٣٥٥ هـ .

١٠ ـ حاشية الباجورى على ابن قاسم . ط البابي الحلبي ١٣٤٣ هـ .

١١ ـ فتاوى التقى السبكي . ط القدسى ١٣٥٥ هـ .
١٢ ـ فتاوى شيخ الإسلام زكريا الأنصارى . ط المكتبة العربية . دمشق .
١٣ ـ الحاوي للفتاوي ، للسيوطى . ط السعادة .
١٤ ـ الاشباه والنظائر ، للسيوطى . ط مصطفى محمد .

٦) من الفقه الحنبلى :

١ ـ المغنى شرح مختصر الخرقي ، لابن قدامة . ط المنار الثانية .
٢ ـ الشرح الكبير على المقنع ، لابن أبي عمر المقدسى (مطبوع مع المغنى) .
٣ ـ الإنصاف ، ط (١) السنة المحمدية .
٤ ـ تصحيح الفروع لابن مفلح ، ط (١) المنار.
٥ ـ منتهى الإرادات ، ط دار العروبة .
٦ ـ غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ط (١) المكتب الاسلامى بدمشق .
٧ ـ مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ط (١) المكتب الاسلامى دمشق .
٨ ـ كشف المخدرات ، ط السلفية .
٩ ـ القواعد ، لابن رجب ، ط مطبعة الصدق الخيرية .

٧) من الفقه الظاهرى :

١ ـ المحلى ، لابن حزم ، ط (١) المنيرية ١٣٥٠ هـ .

٨) من الفقه الزيدى :

١ ـ البحر الزخار ، ط السعادة ١٣٦٦ هـ .

٩) من الفقه الامامى (الجعفرى) :

١ ـ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، للعاملى ، ط . دار الكتاب العربى بمصر ، وأيضاً النجف بالعراق .
٢ ـ المختصر النافع ، ط دار الكتاب العربى
٣ ـ تذكرة الفقهاء ، للحلّى ، ط المكتبة المرتضية بايران .
٤ ـ فقه الإمام جعفر الصادق . ط دار العلم للملايين .

١٠) من الفقه الاباضى :

١ ـ النيل للثمينى ، ط العربية لدار الفكر الاسلامى بالجزائر .

٢ ــ شرح النيل ، للقطب محمد بن يوسف اطفيش ، ط الأدبية والسلفية .

٣ ــ جوهر النظام ، ط المطبعة العربية بمصر ١٣٤٤ هـ .

٤ ــ مختصر الخصال ، للحضرمى ، ط البارونية ١٣١٠ هـ .

٥ ــ مدارج الكمال نظم مختصر الخصال ، للسالمى ، ط دار الكتاب العربى .

٦ ــ سلك الدرر ، للشيخ خلفان بن جميل السيابي العُمانى ط (١) ١٣٨٠ هـ .

١١) من الفقه العام (المقارن) :

١ ــ بداية المجتهد ، لابن رشد ط (٣) البابي الحلبى ١٣٧٩ هـ .

٢ ــ مذكرة مبتدأة في الالتزامات ، للشيخ أحمد ابراهم بك . ط عبدالله وهبة بمصر ١٩٤٥ م .

٣ ــ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الشريعة الإسلامية ، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، ط جامعة دمشـــق .

٤ ــ المقاصّة في الفقه الاسلامى ، للدكتور محمد سلاّم مدكور . ط (١) ١٣٧٦ هـ

٥ ــ أحكام الأوقاف للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، ط (٢) مطبعة الجامعة السورية .

المراجع القانونية :

ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .

ــ الوسيط في شرح القانون المدنى ، للدكتور عبدالرزاق السنهورى .

ــ حوالة الدين ، للدكتور عبد الودود يحى . ط مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٦٠ م .

ــ عمليات البنوك ، للدكتور على جمال الدين عوض . . ط مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٠ م .

ــ الالتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية ، للدكتور أمين محمد بدر ط معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٦ م .

ــ الأوراق التجارية ، للدكتور على حسن يونس . ط دار الفكر العربى .

ــ محاضرة « الصكوك المصرفية » ، للدكتور أمين محمد بدر . ضمن مجموعة المحاضرات التى ألقيت في العام الدراسى الثانى لمعهد الدراسات المصرفية بالقاهرة . المطبعة العالميـــة ١٩٥٦ م .

ــ محاضرة « ودائع البنوك والحسابات الجارية »، للأستاذ نستور ريجا . ضمن مجموعة المحاضرات السابقة ١٩٥٦ م .

ــ محاضرة « خصم الكمبيالات » ، للأستاذ الوزير فرج الوزير . ضمن مجموعة المحاضرات للعام الدراسى السابع لمعهد الدراسات المصرفية ، المطبعة العالمية ١٩٦١ م .

ــ العلاقات الاقتصادية الدولية ، للدكتور محمد زكى شافعى . ط (٣) دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٠ م .

المراجع الاجنبية

- Chitty on Contracts
  Sweet & Maxwell 1961
- Joseph Schacht: An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964
- Law in the Middle East: edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny. Vol. 1
  Washington, 1955.
- Grand Larousse Encyclopédique 1960
- Petit Dictionnaire de Droit Dalloz 1951.
- Code Civil Français
- Code (Suisse) des Obligations.
- Code Civil Hellenique.